Die Lehre vom Vorvertrage im Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Ernst Warnecke

Referendar in Altona.

F. Johannsens Buchdruckerei (Johs. Ibbeken)

Schleswig

1911.

Referent: Professor Dr. **Matthiaß.**

Meinen Eltern

in Dankbarkeit zugeeignet.

Literatur-Verzeichnis.

Adler, Realkontrakt und Vorvertrag in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik 31 S. 190 ff.

Affolter, das verzinsliche Darlehen im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 26 S. 1. ff.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 10. Aufl. 1879, herausgegeben von Pfaff und Hofmann.

Bechmann, System des Kaufs nach gemeinem Recht. II. 1. 1884.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl. 1873.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. 1903.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte, 1897.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, 1905.

Degenkolb, Zur Lehre vom Vorvertrag und neue Beiträge zur Lehre vom Vorvertrag im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 71 S. 1 ff.

Deiter, Der Verpflichtungsvertrag, Marburger Diss. 1902.

Demelius, Realkontrakte im heutigen Recht in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik 3. S. 399 ff.

Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, 5. Aufl. 1896.

Dernburg, Das bürgerliche Recht, 4. Aufl. 1908.

Dernburg, Pandekten, 4. Aufl. 1894.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8./9. Aufl. 1905.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. 1908.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Aufl. 1909.

Förster-Eccius, Das preußische Privatrecht, 5. Aufl. 1887.

Göppert, Zur Lehre von den pacta de contrahendo in der kritischen Vierteljahrsschrift 14. S. 400 ff.

Gottschalk, Beiträge zur Lehre vom Vorvertrag, Erlanger Diss. 1895.

Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch, 1897.

Hölder, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, 1900.

Kohler, Über das Konsensualdarlehn im Archiv für Bürgerliches Recht 2. S. 211 ff.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Aufl. 1903.

Lang, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern in der kritischen Vierteljahrsschrift 5 S. 161 ff.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts 1908.

Leonhard, Willkür und Willenserklärung in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik 39 S. 174 ff.

Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl. 1910.

Meyer, Vertragsvollziehung und Vertragsreproduktion im Archiv für die zivilistische Praxis 87 S. 77 ff.

Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches, Amtliche Ausgabe, 1888.

Oertmann, Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 1908, 1906.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1897—1899.

Reatz, Die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1892.

Regelsberger, Zivilrechtliche Erörterungen, 1. Heft, 1868.

— in Endemanns Handbuch des Handelsrechts, Bd. II. S. 417 ff. 1882.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 1903.

Schäfer, Der Darlehnsvorvertrag, Freiburger Diss. 1902.

Scherer, Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse, 1897, 1899.

Schloßmann, Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontrakte in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik 45 S. 1 ff.

Schmitz, Über den Vorvertrag bei den Konsensualkontrakten, Erlanger Diss. 1895.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, 1897.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3./4. Auflage 1908.

Stintzing, Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse, 1. Heft 1903.

Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts, bearbeitet von H. O. Lehmann, 3. Aufl. 1896.

Thöl, Das Handelsrecht, 6. Aufl. 1879.

Unger, Realkontrakte im heutigen Recht in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik 8. S. 1 ff.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl. 1865.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, bearbeitet von Kipp, 9. Aufl. 1906.

Inhalt.

I. Allgemeines.

§ 1. Einleitung.

Eine Durchsicht der Literatur des Vorvertrages zeigt, daß diese Bezeichnung zwar für mancherlei Verträge verwertet ist, daß aber der Gegenstand, von dem man spricht, häufig nicht mit genügender Schärfe umgrenzt ist. Indem man meist die ganz allgemein gehaltene Thölsche[1]) Begriffsbestimmung zu Grunde legte, kamen im Laufe der Untersuchung die Einen zu diesen, die Anderen zu jenen Ergebnissen, die, ohne sich mit der zum Ausgangspunkt genommenen Definition in Widerspruch zu setzen, zuweilen untereinander ganz unverträglich waren. Dazu tritt, um die Disharmonie der Lehre zu erklären, daß auch die Deutschen Gesetzbücher in der Gesetzessprache das Wort „Vorvertrag" teils überhaupt nicht verwenden,[2]) teils nicht klar erkennen lassen, was sie darunter verstanden wissen wollen, es also an einem festen Ausgangspunkte mangelte, an dem die diesem Vertrage gewidmeten Abhandlungen anknüpfen konnten. Die dadurch gegebene Freiheit wissen-

---

[1]) Thöl. Das Handelsrecht Bd. I, S. 778.

[2]) Für das BGB. gilt, was die Mot. I, S. 178 sagen: „Von einer allgemeinen Regelung des Vorvertrags, pactum de contractendo, ist mangels zureichenden Bedürfnisses abgesehen".

Die Möglichkeit und Zulässigkeit des Vorvertrages wird zugegeben.

schaftlicher Konstruktion auf der einen Seite, die Festlegung auf eine bestimmte Definition auf der andern Seite haben dazu geführt, daß die Lehre vom Vorvertrage ein äußerst mannigfaltiges Bild darbietet. Unter diesen Umständen erschien es geboten, keine bestimmte Definition zu Grunde zu legen, sondern uns den Begriff, soweit er unstreitig ist, klarzulegen, bezüglich der streitigen Fälle hingegen zu prüfen, inwieweit ihnen ein gemeinschaftliches Merkmal innewohnt, das die Zusammenfassung unter einheitlicher Bezeichnung rechtfertigt.

Am häufigsten findet der Vorvertrag im Falle der römischen benannten Realverträge praktische Anwendung, falls diese noch heute als solche anzuerkennen sind. Hier ergibt sich also die Notwendigkeit, Stellung zu nehmen zu der Streitfrage, ob die römischen Realverträge noch im heutigen Recht diesen Charakter bewahrt haben, oder ob sie zu Konsensualkontrakten geworden sind. Mit der Ablehnung der Realvertragstheorie fällt die Möglichkeit dahin, hier einen konsensualen Vorvertrag anzunehmen; andernfalls kann jedem Realvertrage ein Vorvertrag vorausgehen. Diese Streitfrage betrifft nicht das Wesen des Vorvertrages, doch bedeutet ihre Bejahung, wie erwähnt, für das Anwendungsgebiet des Vorvertrages einen bedeutenden quantitativen Gewinn. Als zweite Hauptgruppe ist alsdann der Vorvertrag zu Konsensualkontrakten zu behandeln, woran sich eine Besprechung des p. d. cambiando als Hauptform des Vertrages gerichtet auf Vertragsschluß unter Herstellung einer Urkunde schließen muß.

Die Behandlung dieser Anwendungsfälle des Vorvertrages ermöglicht es, eine genauere Einsicht in das Wesen des Vorvertrages zu gewinnen und eine Anzahl von Fällen auszuscheiden, in denen die Konstruktion des Vorvertrages unangemessen erscheint. Zum Schluß ist dann auf die Besonderheiten des Vorvertrages einzugehen.

§ 2. Terminologie.

Allgemein versteht man unter einem Vorvertrage einen Vertrag, in dem die Verpflichtung übernommen wird, einen Vertrag zu schließen.

Zur Terminologie ist zu bemerken, daß die Bezeichnung „Vorvertrag" und „Hauptvertrag" zu Mißverständnissen Anlaß geben kann. Vorvertrag bedeutet an sich nichts weiter als einen Vertrag, der einem andern vorhergeht[3]), und bei der Bezeichnung Hauptvertrag denkt man zunächst an einen „Nebenvertrag" als den gegebenen Gegensatz. Stintzing[4]) will an die Stelle des Vorvertrages die Vorverpflichtung setzen. Dies geschieht aus inneren Gründen, mit denen wir uns später zu beschäftigen haben werden. Deiter[5]) ersetzt die Bezeichnung Vorvertrag und Hauptvertrag durch Verpflichtungsvertrag und Erfüllungsvertrag. Die von ihm angeführten Gründe erscheinen aber als nicht durchschlagend. Verpflichtungsvertrag besagt, daß ein Vertrag geschlossen ist, der eine Verpflichtung erzeugt.

---

[3]) Windscheid Bd. II S. 271, Anm. 1a.

[4]) Vorwort S. IV.

[5]) S. 8/9, vergl. Adler S. 222.

Damit ist aber nicht, wie Deiter meint, zum Ausdruck gebracht. daß sich der Vertrag auf den Abschluß eines obligatorischen Vertrages bezieht, sondern bestenfalls gesagt, daß der abgeschlossene Vertrag selbständig und klagbar sei.

Darüber, daß der Vertrag zwischen denselben Parteien geschlossen werden soll, sagt die Bezeichnung nichts. Geradezu mißverständlich aber ist es, wenn man den Hauptvertrag als Erfüllungsvertrag bezeichnet, wie auch Adler tut, der daneben die Ausdrücke „Ausführungs-", „Solutions"-Vertrag anwendet. Während sich aber diese Terminologie bei Adler durch die folgenden Ausführungen rechtfertigt, fehlt es bei Deiter völlig an innerer Berechtigung für die Wahl dieser Bezeichnung. Es ist aber garnicht der Zweck einer Benennung, den Begriff nach seinem vollen Inhalt zu erschöpfen. Wenn wir es, wie es hier der Fall ist, mit festeingebürgerten Bezeichnungen zu tun haben, die eine bestimmte Vorstellung treffen, so müssen wir uns damit begnügen, wenn ihnen auch gewisse Mängel anhaften, die nie ganz zu beseitigen sein werden. Nur eine nach jeder Richtung ganz einwandfreie Bezeichnung rechtfertigt eine Änderung lange geübter Terminologie, wofern nicht unzählige Mißverständnisse zu Tage treten sollen.

§ 3. Allgemeine Lehren.

Wir haben uns nunmehr damit zu beschäftigen, welchen Inhalt man den Begriffen „Vor-" und „Hauptvertrag" allgemein zuerkennt.

I. In den systematischen Darstellungen des bürgerlichen Rechts wird der Vorvertrag in der Regel im Anschluß an die Vorverhandlungen behandelt. Es ist daher wichtig, den prinzipiellen Unterschied hervorzuheben. Vorverhandlungen werden häufig in der Weise geführt, daß die Parteien über jeden Punkt, über den eine Einigung erzielt werden soll, einzeln abschließend verhandeln, zuweilen auch die so erledigten Punkte schriftlich niederlegen (§ 154 Abs. 1 BGB), sogenannte Punktation. Hier ist im Zweifel ein Vertrag nicht geschlossen, solange noch ein Punkt, über den eine Einigung erzielt werden sollte, unerledigt geblieben ist. Häufig kommt es aber auch vor, daß die Parteien einen Vertrag als abgeschlossen ansehen, ohne eine Einigung über einen Punkt erzielt zu haben, über den eine Einigung erfolgen sollte. Dann hängt die Gültigkeit oder Ungültigekit des Vereinbarten davon ab, welchen Wert die Parteien dem unerledigt gebliebenen Punkte beigemessen haben. Dagegen liegt im ersten Falle sowie im Falle der sogenannten Traktate, wo die Parteien nur über einen Vertragsschluß gesprochen haben, ohne selbst der Ansicht zu sein, ihn auch abgeschlossen zu haben, überhaupt kein Vertrag vor. Im Gegensatz hierzu ist der Vorvertrag ein zum vollen Abschluß gelangter Vertrag gerichtet auf Abschluß eines andern Vertrages. Diesem können zwar auch wie jedem Vertrage Mängel anhaften, doch sind das pathologische Fälle. Was dazu geführt hat, den Vorvertrag als unvollständigen Vertrag anzusehen, ist einmal der Umstand, daß der Vorvertrag nicht unmittelbar den

im letzten Grunde erstrebten wirtschaftlichen Erfolg herbeiführt;[6]) ferner kam hierbei in Betracht, daß man einen Vertrag, der als solcher wegen Unvollständigkeit noch nicht zustande gekommen war, wenigstens als Vorvertrag gelten lassen wollte.[7]) Daß dies nicht angängig sei, ist indessen schon von Degenkolb[8]) zutreffend nachgewiesen. Der nach der Absicht der Parteien abzuschließende Vertrag war ohne Umwege auf Erfüllung gerichtet. Wenn dieser wegen zu großer Unbestimmtheit nichtig ist, so ist es nicht möglich, ihn dadurch aufrecht zu erhalten, daß man als Gegenstand des Vertragsschlusses dem Parteiwillen zuwider ein contrahere setzt. Außerdem wäre auch dieser Vertrag, wie wir gleich sehen werden, wegen zu großer Unbestimmtheit nichtig.

II. Der vollwirksam zustande gekommene Vertrag geht auf Vertragsschluß, d. h. auf Leistung der zum Abschluß des Hauptvertrages erforderlichen Mitwirkung des Vertragsgegners.[9])

Die frühere Streitfrage, ob aus dem Vorvertrage wirklich ein Anspruch auf Erfüllung, d. h. auf Abschluß des Hauptvertrages, oder nur auf das Interesse hervor-

---

[6]) Vgl. Degenkolb S. 28 u. Windscheid Pand. II, 8. Aufl. S. 251, Anm. 1a.

[7]) Arndts Pand. S. 402 f; Regelsberger Erörterungen Heft I S. 129.

[8]) S. 48/49.

[9]) Regelsberger b. Endemann Bd. II S. 418.

gehe,[10]) ist für unser heutiges Recht dahin zu entscheiden, daß der Anspruch auf Vertragsschluß geht. Verweigert der aus dem Vorvertrage hierzu Verpflichtete seine Mitwirkung, so kann der Berechtigte nach § 894 ZPO auf Abgabe der erforderlichen Willenserklärung klagen. Mit der Rechtskraft des Urteils gilt die Erklärung als abgegeben. Die Verpflichtung des durch den Vorvertrag Gebundenen geht also auf Vertragsschluß, aber auch nur darauf und nicht etwa, wie behauptet worden ist,[11]) nach Belieben des Gläubigers wahlweise auch auf das Interesse, dies vielmehr nur dann, wenn gemäß § 286 Abs. 2 BGB die Leistung infolge des Verzuges des Schuldners für den Gläubiger kein Interesse mehr hat, dagegen nicht allgemein in dem Falle, daß er sich genötigt sieht, seinen Anspruch klageweise geltend zu machen. Darin würde eine Benachteiligung des Schuldners liegen, dem dann z. B. die Möglichkeit abgeschnitten wäre, vor Gericht Einwendungen gegen die Gültigkeit des Vorvertrages zu erheben, z. B. wegen Irrtums. Würde er nach gerichtlicher Klarstellung der Sachlage die Unrichtigkeit seiner Annahmen einsehen, so wäre es unbillig, von ihm das Interesse zu verlangen, was für ihn oft weit belastender als der Vertragsschluß sein wird.

Da der Vorvertrag ein Vertrag ist, so muß er, um

---

[10]) Arndts S. 402. Degenkolb S. 47 f. Regelsberger b. Endemann Bd. II S. 418 f. Windscheid Bd. II S. 272, Anm. 2 Schäfer S. 4. Dernburg Pand. II S. 27, Anm. 8.

[11]) Dernburg Pand. Bd. II 1886 S. 27.

gültig zu sein, inhaltlich genügend bestimmt sein. Das ist nur dann der Fall, wenn die Parteien sich darüber klar sind, welche Verpflichtungen sie im künftigen Hauptvertrage zu übernehmen haben.[12]) Die zulässige Unbestimmtheit richtet sich nach den für alle Verträge geltenden Vorschriften (BGB §§ 315 ff.). Sind die Parteien sich über einen für den Bestand des Hauptvertrages wesentlichen Punkt nicht einig geworden, so ist auch der Vorvertrag nichtig, da aus ihm die Verpflichtung erwächst, eine in einem wesentlichen Punkte unbestimmte Verpflichtung zu übernehmen.[13]) Daher ist es auch, wie wir vorher behauptet haben, unzulässig, einen Vertrag mangels ausreichender Bestimmtheit als Hauptvertrag für nichtig dagegen als Vorvertrag für gültig zu erklären.

Der inhaltlich genügend zu bestimmende Vorvertrag geht auf Vertragsschluß; der demnächst abzuschließende Hauptvertrag auf reelles Leisten. Wo es nur eines Vertragsschlusses bedarf, und die endgültigen Verpflichtungen nicht erst durch Vermittelung eines zweiten Vertragsschlusses auferlegt werden sollen, da kann man nicht von einem Vorvertrage sprechen. Aus der Darstellung des Vorvertrages scheiden also aus

a) der relativ bestimmte Vertrag.[14])

Dieser ist sogleich abgeschlossen und bedarf nur noch für einzelne offengelassene Punkte der näheren Bestimmung

---

[12]) Dernburg Pand. II B. 27; Rehbein Bd. I S. 207.

[13]) Bechmann S. 281.

[14]) Degenkolb Seite 29 f.

durch ein von außen hinzutretendes Moment, z. B. billiges Ermessen einer Partei oder eines Dritten, gegebenenfalls ersetzt durch Urteil (§§ 315 ff. BGB) durch den Börsenpreis usw. Diese Festsetzung ist aber kein Vertragsschluß. Die Leistungspflicht der Parteien steht sofort fest. Kohler hält in diesen Fällen, wo der Aktualität des Geschäfts eine Feststellung vorhergehen muß, die Konstruktion des Vorvertrages für angemessen. Demgegenüber behaupten wir nach unsern obigen Darlegungen, daß die erwähnten Unbestimmtheiten zwar auch beim Vorvertrage vorkommen können, daß aber, nur um sie in das Geschäft einzuführen, die Konstruktion eines Vorvertrages nicht am Platze ist. Die Anwendbarkeit des Vorvertrages liegt auf ganz anderm Gebiete, wie im Verlauf der Abhandlung zu zeigen ist.

b) Die Abrede der Vertragsreproduktion.[15])

Hier liegt ein endgültig abgeschlossener Vertrag vor, der aber in einer von den Parteien verabredeten Form wiederholt werden soll. Es wird die Ansicht vertreten, daß dies ein Vorvertrag sei. Dem ist zu entgegnen, daß die in dem vermeintlichen Hauptvertrage festzusetzenden Verpflichtungen schon aus dem Vorvertrage resultieren. Würde ein zweiter Vertrag geschlossen, ohne daß der erste aufgehoben wäre, so könnten die Parteien die Leistungen aus beiden Verträgen fordern. Ohne Vermeidung dieser Konsequenz können die Parteien, was bereits durch Ver-

---

15) **Rehbein** Bd. I S. 208. **Degenkolb** S. 25 f, 90 ff. **Endemann** Bd. I S. 617, Anm. 8. **Deiter** S. 36/37.

trag besteht, nicht noch einmal durch identischen Vertrag festsetzen. Wiederholt wird hier nur die Form zum Zwecke der Spezialisierung der Leistungen oder zu Beweiszwecken, das aber ist auf die inhaltliche Gebundenheit der Parteien ohne Einfluß. Es ist daher nicht angängig, von einem Vorvertrage in dem hier zu Grunde gelegten Sinne zu reden.

Anders liegt die Sache, wenn der Vertrag ohne die vereinbarte Form nicht zustande kommt (BGB §§ 125, 154); da vor dem formellen Abschluß überhaupt keine Verpflichtung besteht, kann man auch hier nicht von einem Vorvertrage reden.

III. Der Vorvertrag kann einseitig oder zweiseitig abgeschlossen werden; er kann eine Partei verpflichten, einen Vertrag zu schließen, während die andre lediglich ein Recht darauf hat, den Vertragsschluß zu verlangen, er kann aber auch beide Parteien wechselseitig zum Abschluß des Hauptvertrages verbinden. Der Verpflichtung der einen Partei, in einen Vertrag einzutreten, kann die Verpflichtung der Gegenpartei, in einen andern Vertrag einzutreten, gegenüberstehen. Der Verpflichtung der einen Partei, einen Vertrag abzuschließen, kann endlich der Verpflichtung der andern Partei entsprechen, als Entgelt für die einseitige Gebundenheit, eine einmalige Zahlung (Prämie) oder wiederkehrende Leistungen zu erstatten.[16])

Für die Frage, ob ein einseitig oder ein zweiseitig verpflichtender Vorvertrag anzunehmen sei, soll nach

[16]) Göppert S. 423. Stintzing S. 11.

Adler[17]) der Umstand entscheidend sein, ob eine oder beide Parteien durch Abschluß des Hauptvertrages gewinnen sollen. Meines Erachtens ist hier nur der Wille der Parteien entscheidend.

Man denke sich, daß der reiche A sich von einem in bedrängte Lage geratenen Verwandten versprechen läßt, eine Unterstützung anzunehmen. Hier hat A unter Umständen ein bedeutendes Interesse an der Annahme der Unterstützung, und es ist nicht einzusehen, weshalb man dem A die Sicherung der Annahme des Geldes unmöglich machen sollte.

Wie ich mir in einem Vertrage eine Mehrzahl von Leistungen ausbedingen kann, so kann durch den Vorvertrag auch die Verpflichtung, eine Mehrzahl oder auch eine unbestimmte Anzahl von Verträgen einzugehen, auferlegt werden.[18]) Dies kommt besonders im Geschäftsleben häufig vor, z. B. im Verkehr mit einer Bank oder bei Geschäftsverbindungen zwischen Kaufleuten. Die Banken verpflichten sich häufig, Wechsel einer bestimmten Person zu diskontieren, Wertpapiere in Verwahrung zu nehmen usw.[19]) Hier ist es aber besonders am Platze, zu prüfen,

---

[17]) Adler S. 240.

[18]) Stintzing S. 20.

[19]) Göppert S. 417. Den von Bechmann S. 281 erhobenen Einwand der mangelnden Bestimmtheit des Hauptvertrages lehnen wir ab. Eine Bank legt sich keineswegs unübersehbare Verpflichtungen auf, wenn sie einem Kunden verspricht, gewisse Bankgeschäfte mit ihm abzuschließen.

ob wirklich schon eine vertragliche Verpflichtung übernommen wird, oder ob nur für den Fall, daß später zwischen den Parteien Verträge abgeschlossen werden sollten, schon jetzt bestimmte Normen zur Regelung der sich alsdann ergebenden Rechtsverhältnisse aufgestellt werden.

II. Die einzelnen Anwendungsfälle.

§ 4. Vorvertrag und Realkontrakt.

Im vorliegenden Abschnitt ist als erste Gruppe der Anwendungsfälle des Vorvertrages, der Vorvertrag zu Realkontrakten zu behandeln. Entscheidend ist hier die Frage, ob man im heutigen Rechte noch Realverträge anzuerkennen hat. Mit der Beantwortung dieser Frage steht und fällt hier die Möglichkeit der Anwendung des konsensualen Vorvertrages.

Leihe, Darlehen, Verwahrungs- und Pfandvertrag waren im römischen Rechte Realkontrakte, d. h. Verträge, bei denen erst der durch die Hingabe der Sache betätigte Vertragswille eine klagbare Verpflichtung entstehen ließ. Sollte beim Darlehen außerdem eine klagbare Verpflichtung zur Zinszahlung begründet werden, so mußte dieses in Stipulationsform geschehen. Ebenso konnte die Verpflichtung zur Eingehung der genannten Verträge nur in Stipulationsform festgesetzt werden. Als mit der Klagbarkeit formloser Verträge dieser Grund zu besonderer Behandlung der sogenannten Realkontrakte fortgefallen

war, glaubte man sie den schon vorher bekannten Konsensualverträgen gleichstellen zu können.[20])

Nach der römischen Theorie entstanden Darlehen usw. erst mit der Hingabe, waren also, da eine Verpflichtung nur auf Seiten des Nehmers begründet wurde, einseitige Rechtsgeschäfte.[21]) Nach der nunmehr vertretenen Konsensualtheorie dagegen sollte schon mit der Einigung der Vertrag zustande kommen und damit sollten alle daraus hervorgehenden Verpflichtungen begründet sein. Damit wäre dann das Darlehen aus einem einseitigen ein zweiseitiges Rechtsgeschäft geworden. Die wichtige Folge dieser Annahme ist die, daß dann die Grundsätze über den gegenseitigen Vertrag nach BGB zur Anwendung kommen, insbesondere § 326, der dem Darlehensgeber ein Rücktrittsrecht gibt, wenn die Zinsen nicht rechtzeitig bezahlt werden.[22]) Hiergegen hat man nun aber eingewandt, die Verpflichtung zur Rückgabe könne deswegen nicht schon mit dem Vertragsschlusse begründet werden, weil sie die Hingabe voraussetze, mithin als Verpflichtung zu etwas Unmöglichem nichtig sei. Demgegenüber muß man aber sagen, daß die Rückgabe vor der Hingabe allerdings unmöglich ist, daß aber die Rückgabe nach erfolgter Hingabe möglich ist, und nur dazu verpflichtet sich doch der Nehmer. Überhaupt ist dies Verhältnis nichts den Realkontrakten

---

[20]) Vgl. Motive Bd. II S. 444.

[21]) Crome Bd. II S. 596.

[22]) Affolter S. 3 f. A. M. Crome, Bürg. Recht Bd. II S. 596 (vgl. Cosack Bd. I S. 512.)

Eigentümliches, denn in diesem Punkte gleichen sich die Realkontrakte und die Miete, bei der auch nur zurückgegeben zu werden braucht, wenn die Mietsache übergeben ist. Dieses bemerkt auch Adler,[23]) der aber die Folgerung in entgegengesetzter Richtung zieht, indem er behauptet, daß die Übergabe der Mietsache Realkontrakt sei, die vorhergehende Abrede dagegen ein Vorvertrag. Welche verschiedene Bedeutung aber in beiden Fällen der Übergabe im übrigen zukommt, wird noch zu zeigen sein. Demgegenüber behaupten die Anhänger der Realvertragstheorie, daß die Realverträge auch für das heutige Rechte ihre Bedeutung behalten haben, und daß sie sich von den Konsensualverträgen in wesentlichen Punkten unterscheiden.[24]) Bevor wir auf die Prüfung dieser Frage eingehen, werden wir zu untersuchen haben, ob dieser Unterscheidung lediglich wissenschaftliches Interesse zukommt, oder ob sich daraus auch wichtige praktische Folgerungen ergeben.[25]) Planck[26]) sieht allerdings diesen ganzen Streit als eine „Frage wissenschaftlicher Konstruktion" an, dem u. a. insofern praktische Bedeutung zukomme, als fraglich sei, inwieweit daneben selbständige Vorverträge anzuerkennen seien.

Die Konsensualvertragstheorie nimmt bei Darlehen, Leihe, Verwahrungsvertrag[27]) stets nur einen Vertrag an,

---

[23]) B. 212 ff. (vgl. Windscheid Bd. II B. 576, Anm. 6.)

[24]) Motive Bd. II S. 306.

[25]) Förster-Eccius Bd. II S. 233 f.

[26]) Kommentar Bd. II S. 535 f.

[27]) Das pignus oder Faustpfand scheiden wir nach dem Vorgange des BGB. hier aus der Betrachtung aus.

der mit der Einigung der Parteien abgeschlossen ist, während dies nach der Realvertragstheorie erst mit der Übergabe der Fall ist. Bei Annahme der Realvertragstheorie hat die vor der Übergabe erfolgte Abrede dann die Bedeutung eines selbständigen Vertrages. Bei diesen beiden Verträgen, — Vorvertrag und Realvertrag —, ist somit Geschäftsfähigkeit, Abgabe und Zugehen der Erklärung, Einigung der Parteien erforderlich.[28])

Kohler[29]) leitet aus der conventio der Parteien allein die sämtlichen aus dem ganzen Vertragsverhältnis hervorgehenden Verpflichtungen ab. Demgemäß erfolgt nach seiner Ansicht die Übergabe der Sache solvendi causa. Sieht man dagegen die fraglichen Verträge als Realverträge an, so folgt aus der conventio einzig die Verpflichtung, den Realvertrag abzuschließen. Dies geschieht durch Übergabe der Sache, also contrahendi oder obligandi causa. Hier ist die Klage auf Abschluß des Hauptvertrages durch Hingabe der Sache zu richten, während bei dem Konsensualvertrage die Klage einfach auf Erfüllung geht.[30]) Ob man die Hingabe als Vertragsschluß oder als Erfüllung auffaßt, ist wichtig für die Frage des Geschäftsabschlusses des Vertreters mit sich selbst. Im ersten Falle wird man nach § 181 BGB sagen müssen, daß der Vertreter das ihm vom Vertretenen versprochene Darlehn zur Zeit der Fälligkeit nicht ausbezahlen darf, im zweiten Falle darf

---

[28]) Endemann 5. Aufl., Bd. I S. 458/9.

[29]) S. 211 ff.

[30]) Förster-Eccius Bd. II S. 235.

er es, da es sich lediglich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt. Ein weiterer Unterschied liegt darin, daß nach der Konsensualtheorie der Darlehnsgeber dem Vertragsgegner das Eigentum am Hingegebenen verschaffen, Schadensersatz wegen Verzuges leisten, und den Gebrauch gewähren muß, während bei Annahme eines Realvertrages diese Pflicht zwar aus dem möglicherweise vorhergehenden Vorvertrage entspringt, nicht aber aus dem Realvertrage, wenn nur ein solcher abgeschlossen ist.[31]) In diesem Falle wird der Vertrag nur nach Maßgabe des Hingegebenen geschlossen. Den Darlehnsnehmer trifft also die Eviktion, ohne daß er sich deswegen an dem Darlehnsgeber schadlos halten könnte, denn die Einigung ist kein Schuldvertrag im Sinne der §§ 305 ff. BGB. Vielmehr kann er nur bei Arglist des Darleihers nach den Grundsätzen der unerlaubten Handlungen Schadensersatz verlangen.[32]) Der Inhalt der Einigung ist nur die Übertragung des dinglichen Rechts an einen neuen Erwerber und erzeugt als solche keine Verpflichtung und keine Haftung.[33])

Nicht anders liegt die Sache bei der Leihe. Nach der Konsensualtheorie hat der Verleiher den Gebrauch der Sache zu gewähren; die gleiche Verpflichtung hat er nach

---

[31]) Crome Bd. II 596, 597, Anm. 28.

[32]) Crome Bd. II S. 596. Schollmeyer S. 61.

[33]) Fischer-Henle S. 544. A. M. Schloßmann S. 49, der annimmt, daß der Herstellung des tatsächlichen Zustandes immer ein Konsens vorausgeht.

der Realvertragstheorie bei einem Vorvertrage. Geht ein solcher indessen nicht voraus, so steht der Verleiher nicht dafür ein, „daß er als Eigentümer, Nießbraucher oder Mieter usw. das Recht habe, durch Verleihen über die Sache zu bestimmen; wird sie ihm selbst abgestritten, so trifft dies den Entleiher mit, ohne daß er sich darüber beschweren dürfte.“ (Endemann Bd. I. S. 1151; ebenso Planck[34]); Schollmeyer[35]) will den Verleiher bei arglistigem Verhalten haften lassen.

Am wichtigsten sind die praktischen Folgen der Unterscheidung, ob man Konsensual- oder Realvertrag annimmt, wenn der Gegenstand des Darlehns, der Leihe oder des Verwahrungsvertrages durch Verschulden einer Partei nicht übergeben wird. Nach der Konsensualtheorie muß man alsdann einen pathologischen Fall dieser Verträge annehmen, während nach der Realvertragstheorie ein Darlehn, eine Verwahrung, ein Leihvertrag überhaupt nicht zustande kommt. Das ist ein tiefeinschneidender Unterschied. Die Entscheidung, ob man dem Verwahrer die volle Verwahrungsgebühr oder nur einen Schadensersatzanspruch, dem Darlehnsgeber, der seinerseits alles Erforderliche zur Realleistung getan hat, den Zinsanspruch oder ebenfalls nur Schadensersatz zusprechen soll, hängt davon ab.[36])

---

[34]) Bd. II S. 535.

[35]) Schollmeyer S. 61.

[36]) Adler S. 206—210. Förster-Eccius Bd. II S. 236. Unger S. 15. Demelius S. 408.

Noch eine weitere praktisch wichtige Folgerung ergibt sich daraus, ob man bei den hier behandelten Verträgen einen Konsensual- oder Realvertrag annimmt. Ist nämlich die Verpflichtung zur Hingabe als Vorleistung, die zur Rückgabe als Nachleistung schon durch die conventio der Parteien begründet, so muß auch der Anspruch des künftigen Darlehnsnehmers abtretbar und pfändbar sein. Anders dagegen ist es beim Vorvertrage zu einem Realvertrage. Dieser begründet nur die Pflicht zu einem besonders gearteten Tun. Zwar sagten wir auch hier, daß zu klagen sei auf Hergabe der Darlehnssumme oder der Leihsache. Diese Hergabe ist aber etwas Untergeordnetes im Verhältnis zu dem dadurch zum Abschluß kommenden Vertrage. Geht die aus der conventio entspringende Verpflichtung des Darleihers auf Auszahlung einer Geldsumme, so ist dieser Anspruch der Pfändung unterworfen wie jede andere Forderung, sie kann abgetreten werden, es kann dagegen aufgerechnet werden, sie kann durch Leistung an Erfüllungsstatt getilgt werden. Dagegen ist der Anspruch auf Vertragsschluß der Pfändung nicht unterworfen, da der Darlehnsgeber nicht gezwungen werden kann, einen andern als den in Aussicht genommenen als künftigen Schuldner anzunehmen. Aus demselben Grunde widerstrebt der Anspruch der Abtretung. Aufrechnung ist unmöglich, weil es an Gleichartigkeit der Forderungen fehlt, durch Leistung an Erfüllungsstatt würde kein Darlehen entsprechend der eingegangenen Verpflichtung zustande kommen. Geldübergabe und Vertragsschluß sind von ein-

ander untrennbar. Dieser ist Haupt- jener Nebensache, denn der Kapitalist schuldet kein dare sondern ein facere.[37])

Aus alledem ergibt sich, daß es sich hier nicht lediglich um eine Frage juristischer Konstruktion handelt sondern um eine Unterscheidung von größter praktischer Wichtigkeit. Es ist deswegen nötig, hierzu Stellung zu nehmen. Zunächst ist festzustellen, welche Gesichtspunkte für die Entscheidung maßgebend sind, und dann, wie diese ausfallen muß.

Betrachten wir die für diese oder jene Theorie ins Feld geführten Gründe, so tritt eines klar hervor: die logische Möglichkeit der gegnerischen Konstruktion wird von keiner Seite bestritten, z. T. sogar ausdrücklich anerkannt. Und in der Tat dürfte sich kein Grund finden, der mit logischer Notwendigkeit einer Theorie zur ausschließlichen Geltung verhelfen könnte. Aus dem Mangel dieses Entscheidungsmittels und aus der Unbestimmtheit der uns darnach verbleibenden erklärt sich die Heftigkeit des Streites, der wohl auch darum vorläufig zu keinem Abschluß kommen wird. Andererseits sind die Fälle der vom Streite der Meinungen betroffenen Rechtsgeschäfte unter einander so verschieden, daß sie bald der einen bald der anderen Theorie recht zu geben scheinen. Man denke nur an das Darlehen, das bald verzinslich bald unverzinslich ist, wo unabhängig davon wieder bald die eine, bald die andre, bald beide Seiten zur Übernahme bezw. zur Übergabe

[37]) Förster-Eccius Bd. II S. 234. Crome Bd. II S. 168, Anm. 24. S. 598, Anm. 34.

verpflichtet sind; ferner die Leihe, bei der regelmäßig nur der Entleiher, den Verwahrungsvertrag, bei dem durchweg nur der in Verwahrung Gebende ein Interesse am Vertrage hat. Aus diesen beiden Gründen, logische Möglichkeit beider Konstruktionen und große Mannigfaltigkeit der zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse, ist nun nicht nur die Verschiedenheit der Ansichten zu erklären, sondern es wird dadurch auch verständlich, daß eine Anzahl von Schriftstellern, die sich mit der Frage befaßt haben, bezüglich der Beurteilung der einzelnen Verträge zu keiner einheitlichen Entscheidung gekommen sind.

Es sollen hier nur Cosack genannt werden, der unbestimmt läßt, wann er einen Konsensual-, wann einen Realvertrag annimmt[38]) und Unger[39]), der einen Realvertrag annimmt, wenn nur der Vorteil des Empfängers, dagegen einen Konsensualvertrag, wenn nur oder auch der Vorteil des Gebers bezweckt ist. Auf dasselbe Ergebnis kommt es heraus, wenn Affolter[40]) ein verzinsliches Darlehen für einen Konsensual-, ein unverzinsliches Darlehn für einen Realvertrag erklärt. Hierin scheint mir überhaupt der angreifbarste Punkt der Realvertragstheorie zu liegen. Diese Frage kann indessen nur beim Darlehn auftreten; bei der Leihe und der Verwahrung hat sie keinen Platz, wenn man nicht an einen Leihvertrag mit Annahmepflicht des Entleihers und einen Verwahrungs-

[38]) Bd. I S. 510.

[39]) S. 1 ff.

[40]) S. 1 ff.

vertrag mit Übergabepflicht des Eigentümers denkt. Man tut aber gut, solche Fälle für unsere Betrachtung auszuscheiden, da sie nur geeignet sind, Verwirrung zu stiften, im übrigen es aber zweifelhaft sein kann, ob überhaupt ein Leih- bezw. Verwahrungsvertrag vorliegt.

Angesichts des Widerstreits der Meinungen ist es für den Zweck unserer Abhandlung, nicht nur das Wesen, sondern auch das Geltungsgebiet des Vorvertrages kennen zu lernen, wichtig, eine Entscheidung zu treffen.

Die Motive zum § 453 des ersten Entwurfs[41]) haben den wissenschaftlichen Streit, ob man bei der Leihe, der Verwahrung und insbesondere beim Darlehen einen Konsensual- oder Realvertrag anzunehmen habe, in Ermangelung eines praktischen Bedürfnisses nicht entscheiden wollen. Immerhin heben sie hervor, daß sich der Darlehensvertrag von den Verträgen, welche man als Konsensualverträge zu bezeichnen gewohnt war, „in manchen nicht unerheblichen Punkten" unterscheidet. Bei Hervorhebung der Natur des Darlehensvertrages als eines Konsensualvertrages könne man zu der unrichtigen Folgerung kommen, daß die Rückforderung ohne Behauptung der Hingabe möglich sei. Auch andre hier aufgeführte Möglichkeiten falscher Auffassung ergeben sich, wie wir oben gesehen haben, aus der Konstruktion des Konsensualdarlehens, die dagegen bei Annahme des Darlehens als Realvertrages vermieden werden. Enthalten sich somit die Motive prinzipiell der Stellungnahme zu dieser Streitfrage, so

[41]) Bd. II S. 306.

geht doch aus der Fassung des BGB hervor, daß wir hier nur einen Realvertrag annehmen können. Der § 607 knüpft alle Rechtsfolgen aus dem Darlehen an den Empfang der vertretbaren Sachen. Das ist an sich noch kein strikter Beweis für die Berechtigung der Realvertragstheorie. Es kann sich mit dieser Fassung wie bei der Leihe, wo die Motive es ausdrücklich hervorheben, so verhalten, daß die Rechtsverhältnisse beim Darlehen bis zu diesem Stadium keiner besonderen Regelung bedurften, sondern den allgemeinen Regeln unterstanden. Das ist hier aber nicht der Fall, vielmehr hat das Gesetz im § 610 eine Bestimmung über das Versprechen der Hingabe des Darlehens getroffen. Diese bildet den Schluß des das Darlehen behandelnden Titels. Wenn man nun mit Stintzing[42]) von einem einheitlichen Schuldverhältnis mit verschiedenen Stationen spricht oder mit Schloßmann[43]) annimmt, es müsse einem Darlehen immer ein Konsens vorausgehen, so wäre es doch nur gerechtfertigt, wenn man die notwendig primäre Erscheinung auch an den Anfang stellt und nicht, wie es hier geschehen ist, ein notwendig späteres Moment herausgreift und den Anfang an den Schluß stellt. Es ist demnach der Empfang des Darlehens (§ 607 BGB) nicht nur ein Glied in der Kette der Entwicklung, sondern nach dem Wortlaute des Gesetzes das Darlehen selbst. Hätten wir es hier nicht mit zwei selbständigen Verträgen zu tun, so wäre die vom BGB getroffene

[42]) S. 26.

[43]) S. 49.

Anordnung der Bestimmungen über das Darlehen befremdend. Nach der Realvertragstheorie ist der durch die Hingabe und Annahme zustande gekommene Vertrag der wichtigere, er dient unmittelbar der wirtschaftlichen Bedürfnisbefriedigung; mit Recht hat man ihn darum vorangestellt. Durch den im § 610 BGB behandelten Vorvertrag wird diese Bedürfnisbefriedigung nur mittelbar erreicht; er wird daher als der minder wichtige zum Schluß behandelt. Bei dieser Anordnung kann die im § 608 behandelte Zinsabrede daher auch nur auf den Fall des § 607 nicht aber auf den des § 610 bezogen werden, wie dies sein müßte, wenn man das Darlehen als Konsensualvertrag hätte behandeln wollen. Es sei hier nur nochmals hervorgehoben: die Redaktoren des BGB haben prinzipiell die Streitfrage, ob Konsensual- oder Realvertrag vorliegt, nicht entscheiden wollen; im einzelnen aber hat das Darlehen eine Regelung gefunden, die nur für einen Realvertrag passen will. Ebenso liegt die Sache bei der Leihe; zweifelhaft kann es sein, wie man den Verwahrungsvertrag aufzufassen hat. Jedenfalls reicht hier die Berufung auf die Motive und den Gesetzestext nicht aus, um auch hier einen Realvertrag anzunehmen. Alle drei Verträge sind aber hinsichtlich dieser Streitfrage gleich zu behandeln, zwar nicht aus dem Grunde historischer Entwicklung, wohl aber nach der Verkehrsauffassung.[44])

Dies scheint indessen im Hinblick auf die Literatur ein Beweismittel von zweifelhafter Güte zu sein: die An-

---

[44]) Crome Partiarische Rechtsgeschäfte S. 370 f.

hänger der Konsensual- und der Realvertragstheorie nehmen sie in gleicher Weise als Argument für sich in Anspruch, und, da sie überhaupt etwas Schwankendes ist, scheint sie in der Tat wenig geeignet zu sein, hier den Ausschlag zu geben, und doch ist sie nach dem oben Gesagten die einzige Instanz, die in Betracht kommen kann. Wenn wir uns an die Verkehrsanschauung wenden, so verlassen wir damit das Gebiet der juristischen Konstruktion und treten in die Betrachtung ein, welche Gestalt ein Rechtsverhältnis bei seiner praktischen Betätigung im Leben gewonnen hat. Hier nun sind die hier behandelten Rechtsgeschäfte so alltägliche Vorkommnisse, so allgemein bekannt, daß es verwunderlich wäre, wenn hierüber der Verkehr nicht zu einer festen Auffassung gekommen wäre. Ist das aber der Fall, so muß diese Auffassung wieder im Sprachgebrauch sich spiegeln. Und hier fällt es sofort auf, daß der Verkehr einen wesentlichen Unterschied zwischen den unbestrittenen Fällen des Konsensualkontraktes und den hier behandelten Rechtsgeschäften macht. Ist bei Kauf und Miete z. B. die conventio erfolgt, so sagt man, „ich habe gemietet", „ich habe gekauft". Ist dagegen die conventio bei Leihe, Darlehen und Verwahrung erfolgt, so sagt man, „er will mir leihen", „darleihen", „eine Sache verwahren". Dagegen braucht man die Ausdrucksweise „ich habe dargeliehen", „verliehen", „zur Verwahrung übernommen" erst, wenn die Sache übergeben ist, wie bei Kauf und Miete nach der bindenden Abrede ohne Rücksicht darauf, ob die Übergabe erfolgt ist oder nicht. Diese

Ausdrucksweise zeigt unzweideutig an, daß der Verkehr das Darlehen, die Leihe und die Verwahrung erst dann für abgeschlossen hält, wenn die Übergabe erfolgt ist, daß er diese Verträge somit als Realkontrakte ansieht. Die Anhänger der Konsensualtheorie setzen sich auch mit der landläufigen Definition der „Zinsen" in Widerspruch, wenn sie auch von dem, der schuldhaft das versprochene Darlehen nicht angenommen hat, Zahlung der besprochenen Zinsen verlangen, denn diese sind die als Entgelt für den Gebrauch des Kapitals zu leistende fortlaufende Vergütung ausgedrückt in einer Quote der geschuldeten Sache.

Von einer Reihe von Autoren wird nun die Realvertragsnatur des unverzinslichen Darlehens, der Leihe und der Verwahrung zugegeben, dagegen behauptet, das verzinsliche Darlehen sei ein gegenseitiger Vertrag, somit ein Konsensualvertrag.[45]

Folgt man dieser Ansicht, so kommt man zu dem Ergebnis, daß das BGB unter dem Titel „Darlehen" zwei grundsätzlich verschiedene Verträge behandelt, wie aus allem Gesagten zur Genüge hervorgeht, zwei Verträge von so verschiedener Struktur und Wirkung, daß es unbegreiflich wäre, daß man beide unter demselben Titel vereinigt hätte. Das Darlehen hat aber nach BGB nicht die Vermutung der Verzinslichkeit. Die Grundform ist das unverzinsliche Darlehen; Zinsen können besonders bedungen werden, das ändert aber an der Natur des Vertrages nichts. Auch aus praktischen Erwägungen hat

[45]) Demelius a. a. O. Affolter a. a. O.

es etwas Mißliches, denselben Vertrag bald als Konsensualvertrag zu behandeln bald als Realvertrag und als unterscheidendes Merkmal die Verzinslichkeit aufzustellen, die in verschiedenen Fällen einen ganz verschiedenen Charakter trägt. Kann man denn ein Darlehen, das eine Bank ihrem Kunden gegen Sicherheit und die üblichen Zinsen gewährt, einem Darlehen gleichstellen, das ein Freund einem anderen gibt, um ihm aus einer Verlegenheit zu helfen, ohne Sicherheit und bei niedrigen Zinsen, um ihn nicht zu beschämen? Derartige Fälle kommen in allen möglichen Variationen zu hunderten vor. Wenn man hier unterscheiden wollte, so müßte man es darnach tun, ob durch die Verzinslichkeit der Darlehensgeber einen Vorteil bezweckt. Wie aber soll der Richter entscheiden, wie die Sache im Einzelfalle liegt, und nun gar die in der Regel ganz rechtsunkundigen Parteien! Welche Fülle von Irrtümern und Mißverständnissen würde dadurch heraufbeschworen. Dabei aber müßte diese spitzfindige Unterscheidung praktisch von den gewichtigsten Folgen begleitet sein. Erscheint uns diese Auffassung des Darlehens allein von der Seite der praktischen Durchführbarkeit als nicht annehmbar, so können wir auf der andern Seite behaupten, daß sie auch jeder tatsächlichen Grundlage ermangelt. Die Gründe, die wir oben für die Real- und gegen die Konsensualvertragstheorie geltend gemacht haben, passen auch hierher. Im BGB finden wir nichts, das darauf hindeutet, daß das verzinsliche und das unverzinsliche Darlehen verschieden zu behandeln seien; ebenso ist diese Unter-

scheidung dem Sprachgebrauch, von dem oben gesprochen ist, fremd. Aus diesen Erwägungen erscheint die Gleichbehandlung des verzinslichen Darlehens mit dem unverzinslichen als geboten.

Wir haben uns dafür entschieden, daß Darlehen, Leihe und Verwahrung wie im römischen Recht so auch nach heutigem Recht als Realverträge zu behandeln seien. Dies bedarf jedoch noch einer Einschränkung. Wie oben gezeigt, ist es auch möglich, diese Verträge als Konsensualkontrakte zu behandeln. Wenn wir nun sagen, sie seien nicht nur ohne Widerspruch sondern im Einklange mit den Motiven als Realkontrakte anzusehen, so hat dies nur subsidiäre Bedeutung für den Fall, daß die Parteien keine entgegenstehende Absicht kundgetan haben oder sich darüber überhaupt nicht ausgelassen haben. Dann ist das Geschäft nach der Verkehrsauffassung zu beurteilen. Sind sie sich aber darüber einig gewesen, daß die aus dem Vertragsverhältnisse hervorgehenden Verpflichtungen schon mit der conventio begründet sein sollten, so ist ein Konsensualvertrag mit den oben geschilderten Wirkungen anzunehmen.[46])

Ein solcher Vertrag ist, wie wir gesehen haben, möglich und, da die Vorschriften des BGB über Darlehen, Verwahrung und Leihe nicht zwingender Natur sind, erlaubt. Umgekehrt müssen die Anhänger der Konsensualvertragstheorie zugeben, daß ein Vertrag der hier in Frage stehenden Art auch als Realvertrag mit den geschilderten Wirkungen

46) **Windscheid** Bd. II S. 576, Anm. 6.

abgeschlossen werden kann. Das wird meines Wissens auch nicht bestritten.

Der konsensuale Vorvertrag zum Realvertrage kann einseitig oder zweiseitig bindend sein. Dem zweiseitig bindenden Vorvertrage wiederum kann ein einseitig bindender vorangehen. Dieser ist nicht hier zu behandeln sondern beim Vorvertrag zu Konsensualkontrakten, mit dem er in der weiteren Betrachtung zusammenfällt.

§ 5. Der zweiseitig bindende Vorvertrag zum Konsensualvertrag.[47])

Beim Realvertrage tritt der Unterschied von Vor- und Hauptvertrag sinnfällig dadurch in die Erscheinung, daß der erste Vertrag nudo consensu, der zweite durch die in der Absicht des Vertragsschlusses erfolgende Hingabe der Sache geschlossen wird.

Anders verhält es sich beim Konsensualvertrage. Hier werden beide Verträge durch übereinstimmende Willenserklärungen zustande gebracht; sie unterscheiden sich nur durch die Art der zu bewirkenden Leistungen: im ersten Falle das contrahere, im zweiten Falle das „reelle Leisten.“ Während der zweiseitig bindende Vorvertrag zum Realvertrage, sofern man einen solchen anerkennt, nicht geleugnet wird, da es natürlich einen guten Sinn hat, dem realen Vertrage einen konsensualen vorangehen zu lassen, hat der zweiseitig bindende Vorvertrag zum Kon-

[47]) Göppert S. 420 ff. Bechmann S. 278 ff.

sensualvertrage viele Gegner gefunden.[48]) Bestritten wird nicht sowohl seine logische Möglichkeit, als vielmehr seine Daseinsberechtigung im Verkehrsleben. Die logische Möglichkeit der Anwendung dieser Art des Vorvertrages wird selbst von denen zugegeben, die in der Praxis den Vorvertrag überhaupt nicht anerkennen wollen,[49]) sie ist auch nicht zu leugnen, wenn man die Möglichkeit zugibt, daß das contrahere Gegenstand einer rechtlichen Verpflichtung sein könne.

Das älteste für die Verwerfung dieses Vorvertrages ins Feld geführte Argument ist dieses: Der Vorvertrag muß, um gültig zu sein, die wesentlichen Bestimmungen des künftigen Vertrages festsetzen. Tut er dies aber, und bedarf der Hauptvertrag zu seinem Zustandekommen weder einer Form noch der Hingabe einer Sache, so ist die gegenwärtige Verpflichtung, sich künftig zu verpflichten, schon die zukünftige Verpflichtung selbst, und der vermeintliche Vorvertrag fällt mit dem Hauptvertrage zusammen.[50])

Diese Beweisführung ist schon von Degenkolb[51]) bekämpft worden. Degenkolb selbst meint, daß das Einschieben von Zwischenforderungen zwischen zwei Rechtsgeschäfte, dann nicht anzuerkennen sei, wenn es nur geschehe, um die obligatorische Gebundenheit zu vervielfältigen und einfache Rechtsformen zu verkünsteln. Degenkolb

---

48) Förster-Eccius Bd. I S. 443.

49) Schloßmann S. 6 f. Rehbein Bd. I S. 207.

50) Bechmann S. 281 ff.

51) S. 21 ff.

erkennt aber an, daß die Parteien nicht nur aus diesen Gründen dazu kommen, zweiseitig bindende Vorverträge abzuschließen. Hingegen glaubt Schloßmann[52]) es in diesen Fällen lediglich mit Launen und absonderlichen Wünschen der Parteien zu tun zu haben und will daher diese Vorverträge als Hauptverträge, — zwar nicht auslegen —, aber behandeln. Zu demselben Ergebnisse aber auf anderm Wege kommt Adler.[53]) Nach der von ihm vertretenen Ansicht ist der aus dem Vorvertrage Verpflichtete als Offerent des Hauptvertrages anzusehen. Beim zweiseitig bindenden Vorvertrage hätten demnach die Parteien wechselseitig eine Offerte gemacht. Zwei sich kreuzende Offerten bilden aber den Vertragsschluß selbst.[54]) Adler läßt hiervon nur eine Ausnahme zu für den Fall, „daß der zu erklärende Konsens durch Parteiwillen zur Form wird.“ Dann soll auch ein zweiseitig bindender Vorvertrag zu einem Konsensualkontrakt möglich sein.

Schloßmann endlich bringt als Beispiel eines vermeintlich zweiseitig bindenden Vorvertrages eine Abrede, in der die Parteien „freibleibend“ den Abschluß des Vertrages in mehr oder minder bestimmte Aussicht nehmen. Diese Abrede will er als fertigen Vertrag ansprechen.

Zuzugeben ist zunächst, daß diesem Vorvertrage ein

---

[52]) S. 7.

[53]) S. 240 f, 256 ff.

[54]) Enneccerus Bd. I S. 393, Anm. 3. Dernburg Bürgerl. R. Bd. I S. 433. Matthiaß Bd. I S. 190. A. M. Cosack Bd. I S. 172.

mehr theoretisches als praktisches Interesse zukommt. Im Einzelfalle ist hier aber zunächst nicht zu prüfen, ob die Parteien ein vernünftiges Interesse am Abschlusse eines Vorvertrages hatten, als vielmehr, ob die Parteien einmal überhaupt eine bindende Verabredung getroffen haben, und zweitens, ob der Gegenstand des Vertrages ein contrahere war. Erst wenn man beide Fragen zweifellos bejahen muß, kann man einen derartigen Vorvertrag annehmen.[55]) Das alsdann vorliegende Rechtsverhältnis aber kann die Rechtsordnung nicht ignorieren, sondern muß es auf die praktisch sich ergebenden Folgen untersuchen, ohne Rücksicht darauf, ob es notwendig war, oder ob es der Unkenntnis der Parteien seine Entstehung verdankt.

Bemerkenswert ist zunächst, daß die Absicht der Parteien nicht unmittelbar auf „reelles Leisten" sondern auf contrahere gerichtet ist. Sieht man den Vorvertrag schon als Hauptvertrag an, so ersetzt man die Leistung des Vorvertrages durch die des Hauptvertrages, was sich einzig damit begründen läßt, daß man sagt, es komme den Parteien darauf an, den wirtschaftlichen Erfolg des Vertrages zu erreichen, der Weg, auf dem es geschehe, sei ihnen gleichgiltig. Schon dabei erscheint zunächst die Zulässigkeit dieses Verfahrens als sehr zweifelhaft.[56]) Seine Unzulässigkeit aber ergibt sich daraus, daß sich die Rechtsverhältnisse der Parteien hierdurch, entgegen

[55]) Degenkolb S. 22 ff.

[56]) Die Zulässigkeit wird angenommen von Bechmann und Schloßmann a. a. O.

dem durch den Vorvertrag zum Ausdruck gebrachten Willen ändern. Nehmen wir an, A und B hätten sich wechselseitig verpflichtet, am 1. Januar einen Kaufvertrag über einen dem A gehörigen Hund zum Preise von x zu schließen. Diese Abrede wäre nach Schloßmanns Ansicht für die praktische Behandlung als fertiger Kaufvertrag anzusehen, und A wäre ohne weiteres sofort zur Übergabe des Hundes, B zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet. Damit würde man dem Willen der Parteien zweifellos nicht gerecht, der vielmehr sicher darauf gerichtet war, daß vor dem 1. Januar keine Leistungspflicht vorhanden sein sollte. Man müßte also mindestens ein befristetes Rechtsgeschäft annehmen.[57]) Aber auch das genügt noch nicht. Würde der 1. Januar verstreichen, ohne daß zwischen den Parteien von dem Kaufvertrage die Rede gewesen wäre, so wäre, wiederum nach Schloßmanns Ansicht, ein Kaufvertrag endgültig zustande gekommen, da keine Partei das ihr zustehende Rücktrittsrecht („freibleibend") ausgeübt hätte. Nach unserer Ansicht liegt dann aber gerade im Gegenteil kein Vertragsverhältnis mehr vor, da die Parteien den Termin, an dem ein endgültiger Vertrag hätte zustande kommen können, haben verstreichen lassen, ohne von ihrem Recht auf Abschluß des Vertrages Gebrauch gemacht zu haben. Damit begegnen wir auch der von Adler vertretenen Ansicht. Unzweifelhaft haben die Parteien nur für den

[57]) Die Bedeutung des zweiseitig bindenden Vorvertrages für den Fall, daß der Abschluß des Hauptvertrages hinausgeschoben werden soll, erkennt auch Crome an. Bürgerl. Recht Bd. II S. 167.

Fall einen Kaufvertrag gewollt, daß eine oder die andre Partei ihn am 1. Januar ausdrücklich forderte. Legt man aber in den zweiseitig bindenden Vorvertrag eine Offerte der dadurch Verpflichteten, so wäre nach der herrschenden Ansicht der beiderseitig offerierte Vertrag schon jetzt abgeschlossen, und beide wären zur Leistung verpflichtet. Das aber haben sie durch Abschluß des Vorvertrages ausdrücklich abgelehnt.

§ 6. Der einseitig bindende Vorvertrag zum Konsensualvertrage und sein Verhältnis zur Offerte.

Dem zweiseitig bindenden Vorvertrage ist von seinen Gegnern die Daseinsberechtigung abgesprochen worden, weil die Parteien kein vernünftiges Interesse an seinem Abschluß haben könnten, und weil er daher nur einen unnötigen Umweg darstelle. Dieselben Gründe lassen sich nicht gegen den einseitig bindenden Vorvertrag anführen, denn er verpflichtet eine Partei zum Abschlusse des Vertrages, während die andere ganz freibleibt, ein Zustand, an dem die berechtigte Partei stark interessiert sein kann. Gegen seine Anerkennung hat man angeführt, daß das, was der einseitig bindende Vorvertrag wirke, sich mit den unmittelbar aus dem BGB zu entnehmenden Mitteln einfacher erreichen lasse. Durch den von Schloßmann[58]) vorgeschlagenen Offertenvertrag soll dieselbe Rechtslage geschaffen und dabei der immerhin umständliche doppelte Vertragsschluß vermieden werden. Eine Erörterung des Ver-

[58]) S. 9 ff.

hältnisses des Vorvertrages zur Offerte hat sich daher nicht darauf zu beschränken, die rein äußerlich unterscheidenden Merkmale festzustellen, sondern hat den verschieden gearteten Zweck und die sich ergebenden praktischen Folgen zu prüfen.

Die Unterschiede in der juristischen Konstruktion der bindenden Offerte und des Vorvertrages liegen klar zutage. Die bindende Offerte bedarf nur der Annahme durch einseitige Erklärung, um zum endgültigen Vertragsschlusse zu führen. Dem Vorvertrage muß, damit derselbe Zweck erreicht werde, ein zweiter Vertragsschluß folgen. Hier haben wir es also mit zwei, dort mit einem Vertragsschlusse zu tun. Schwieriger gestaltet sich die Frage nach der Verschiedenheit des Zweckes und der sich ergebenden praktischen Folgen. Dies ist aber auch der Kernpunkt, an dem sich erweisen muß, ob der Vorvertrag nicht ein überflüssiges Gebilde ist.

Die Frage nach dem Verhältnis von Vorvertrag und Offerte, wie wir sie hier gestellt haben, tritt in der Literatur in zwei Gestalten auf, einmal in der erwähnten Form, der Vorvertrag sei zu ersetzen durch den Offertenvertrag, sodann aber in der von Adler[59]) gegebenen Fassung, der meint, der Vorvertrag enthalte eine Offerte des Verpflichteten. Wenn der Berechtigte erkläre, in den Hauptvertrag eintreten zu wollen, so finde er schon die Zustimmung des anderen Teiles vor. Diese sei mit Ab-

[59]) S. 272, 253.

schluß des Vorvertrages gegeben, brauche also nicht noch einmal ausdrücklich erklärt zu werden.[60])

Die Ähnlichkeit des durch den Vorvertrag und den bindenden Antrag geschaffenen Rechtsverhältnisses ist oft hervorgehoben;[61]) seltener sind die prinzipiellen Unterschiede scharf ins Auge gefaßt. Bei Betrachtung der die Offerte regelnden Gesetzesbestimmungen tritt das Bestreben hervor, die Dauer der Gebundenheit des Offerenten in engen Grenzen zu halten. Im Regelfalle erlischt der Antrag unter Anwesenden, wenn er nicht sofort, unter Abwesenden, wenn er nicht bis zu dem Zeitpunkt angenommen wird, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten durfte. Will der Antragende länger gebunden sein, so muß er dies ausdrücklich kundgeben. Die Gründe, die zu dieser Regelung geführt haben, sind unschwer einzusehen. Die Offerte dient dem wirtschaftlichen Interesse des Antragenden.[62]) Das kann sie in der Regel nur, wenn sie alsbald angenommen werden muß. Das wirtschaftliche Opfer, welches der Antragende bringt, wenn er eine längere Frist für die Annahme setzt, wird aufgewogen durch die größere Wahrscheinlichkeit des Vertragsschlusses. Hat dagegen der Antragende seinem Interesse zuwider dem Antragsgegner eine Bedenkzeit von unbegrenzter Dauer gesetzt,

---

[60]) Ebenso Thöl Bd. I S. 783 u. Stintzing S. 3 u. 28.

[61]) Degenkolb S. 89. Bechmann S. 278 ff. Adler a. a. O. Schloßmann S. 9 ff.

[62]) Vgl. Stintzing S. 27, Anm. 2.

so ist mit den Motiven[63]) anzunehmen, daß die Frist nach den Umständen zu bemessen ist.

Die Offerte entspringt aus den wirtschaftlichen Bedürfnissen des Antragenden; sie geht begriffsnotwendig von ihm aus. Dagegen bezweckt die Bindung bei dem hier behandelten Vorvertrage den wirtschaftlichen Vorteil des dadurch Berechtigten, er wird also in der Regel den Anstoß zür Schaffung dieses Rechtsverhältnisses geben; dem entspricht es, daß der Berechtigte beim Vorvertrage für sein einseitiges Recht häufig ein Entgelt zu zahlen hat, was mit dem Wesen der Offerte nicht vereinbar ist. Nun bietet aber auch jede Offerte dem Berechtigten einen Vorteil, insofern sie ihm ermöglicht, während der Annahmefrist auf Kosten des Antragenden zu spekulieren. Dagegen kann der Offerent sich aber dadurch schützen, daß er den Antrag widerruflich stellt. Unwiderruflich ist aber die Verpflichtung des durch den Vorvertrag Gebundenen, denn die Bindung macht das Wesen des Vertrages aus.

Dem von den Parteien im Vertrage zum Ausdruck gebrachten Geschäftswillen darf man, wie wir schon beim zweiseitig bindenden Vorvertrag festgestellt haben, nur dann eine andre, als die von ihnen vorgesehene juristische Konstruktion geben, wenn die praktischen Folgen dieselben sind. Die Absicht der Parteien geht auf einseitige Verpflichtung zum Mitwirken beim Vertragsschlusse. Daß die Wirkungen nun nicht dieselben sind, wenn wir einen Offertenvertrag,

---

[63]) Haidlen Bd. I S. 177.

d. h. einen Vertrag, der durch einseitige Erklärung zustande kommt,[64]) annehmen, ist im Folgenden zu zeigen.

Jeder Vertrag gelangt zum Abschlusse in dem Zeitpunkt, in dem die Annahme wirksam erfolgt ist.[65]) Es entsteht also insbesondere beim Vertragsschluß unter Abwesenden, und wenn der Antragende eine Frist für die Annahme bestimmt hat, ein Zustand, in dem der Offerent den Einfluß darauf, ob das Geschäft zustande kommen soll oder nicht, verloren hat. Geht nun nach Abgabe des Antrags, aber vor dem Eingehen der Annahmeerklärung die Sache, die Gegenstand des Vertrages sein sollte, unter, so ist ein nichtiger Vertrag abgeschlossen. Hat der Antragende von dem Untergange vor dem Eingehen der Annahmeerklärung Kenntnis erhalten, so ist er nach § 307 BGB zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses verpflichtet, ohne Rücksicht darauf, ob er den Untergang der Sache verschuldet hat oder nicht, denn es liegt ursprüngliche Unmöglichkeit vor. Es ist hier nicht am Platze zu prüfen, ob diese den Antragenden treffende Härte als notwendiges Übel hingenommen werden muß, oder ob eine andere gesetzliche Regelung zweckmäßiger wäre. Wir haben hier nur die Nutzanwendung für die Behandlung des Vorvertrages zu ziehen. Für ihn ergibt sich dieselbe Unstimmigkeit wie

[64]) Vgl. Stintzing S. 25. „Von Anfang an also besteht die Verpflichtung zur Leistungsbereitschaft, und diese verwandelt sich auf Anfordern des Berechtigten in eine Erfüllungspflicht". Ebenso Kober b. Staudinger Bd. I S. 468.

[65]) Planck Bd. I S. 267. Cosack Bd. I S. 167.

bei jedem anderen Vertrage, wenn wir ihn durch einseitige Erklärung zustande kommen lassen wollen, und zwar entgegen dem durch Abschluß des Vorvertrages zum Ausdruck gekommenen Parteiwillen. Dieser ging auf contrahere und statuierte für eine Partei die Verpflichtung, beim Abschlusse des Hauptvertrages mitzuwirken. Diese Verpflichtung aber begründet m. E. auch das Recht der Mitwirkung. Dann aber kommt der Vertrag nicht eher zustande, als bis der Verpflichtete seinerseits erklärt hat, in den Vertrag eintreten zu wollen. Damit aber ist ihm die Möglichkeit gegeben, den Abschluß unter Darlegung der Gründe abzulehnen und die Anwendbarkeit des § 307 Abs. 1 Satz 2 herbeizuführen. Diesem Beispiel lassen sich andere hinzufügen. Man denke an den Fall, daß A sich dem B gegenüber verpflichtet hat, nach drei Monaten auf eine ihm gegen B zustehende Forderung zu verzichten. Verarmt A vor der Zeit, und erklärt B nach der Frist, den Schenkungsvertrag abschließen zu wollen, so hat die erwähnte unterschiedliche Auffassung des Vorvertrages die Folge, daß in dem einen Falle das Schenkungsversprechen nicht erfüllt zu werden braucht (§ 519 BGB), im anderen nur ein Rückforderungsrecht besteht (§ 528 BGB).

M. E. reichen die angeführten Gründe aus, um dem Vorvertrag in seiner eigentlichen Form — Mitwirken beim Abschluß des Hauptvertrages — Geltung zu verschaffen gegenüber denjenigen, die ihn durch einseitige Erklärung zustande kommen lassen wollen,[66]) denn Offerte

[66]) Zum selben Resultat auf anderm Wege kommt Bechmann S. 280.

und Vertrag, also auch Vorvertrag, sind in gewissem Sinne Gegensätze. Darum ist es m. E. auch ausgeschlossen, dem Vorvertrag die Geltung deswegen zu versagen, weil durch einen Hauptvertrag, also auch wohl den „Offertenvertrag", in Verbindung mit einer Anzahl Klauseln, dieselben Wirkungen erreicht werden könnten.[67]) Auf diese Weise wäre es möglich, jedem Vertrage soviel von seiner Eigenart zu nehmen, bis nichts mehr von ihm übrig bliebe als der Name. Demgegenüber hebt schon Degenkolb „die Verwendbarkeit des Vorvertrages" zur „sicheren Herbeiführung von Wirkungen" hervor, „die sich bei sofortigem Abschlusse des Hauptvertrages nur durch besondere Klauseln erreichen lassen". Der Vorvertrag dient zur Vereinfachung und dadurch zur „Sicherung gegen Unvollständigkeit und Irrung".[68])

§ 7. Der einseitig bindende Vorvertrag zum Konsensualvertrag und sein Verhältnis zum bedingten Vertrag.[69])

Eine noch größere Rolle als der bindende Antrag spielt in den Abhandlungen über den Vorvertrag der bedingte Vertrag. Bei diesem findet wie bei der bindenden Offerte nur ein Vertragsschluß statt, während dem Vorvertrage noch ein zweiter Vertrag folgen muß, um den im letzten Grunde von den Parteien erstrebten wirtschaftlichen Erfolg zu erreichen.

---

[67]) Siehe Schloßmann S. 12 f.

[68]) Degenkolb S. 89 f.

[69]) Degenkolb S. 26 f.

In dem bedingten Vertrag haben wir einen fertigen Vertrag vor uns, bei dem aber der Eintritt der rechtlichen Wirkungen von dem Eintreffen der Bedingung abhängig ist. Bei der bindenden Offerte kommt dagegen ein Vertrag erst mit einer einseitigen Erklärung des Antragsgegners als der Annahme zustande.

Die Erkenntnis, daß durch den Vorvertrag und den bedingten Vertrag eine in mancher Hinsicht ähnliche Rechtslage geschaffen wird, hat bei manchen Autoren dazu geführt, dem Vorvertrage zu Gunsten des bedingten Vertrages die Daseinsberechtigung, wo nicht abzusprechen, so doch stark zu verkürzen. Anlaß und Begründung entnahm diese Auffassung insbesondere der im BGB getroffenen Regelung des Kaufs a. Pr., der daher in diesem Zusammenhange besondere Beachtung verdient. Er steht unter der Bedingung der Billigung des Kaufgegenstandes durch den Käufer, also einer Willenserklärung des Berechtigten; nur ein so bedingter Vertrag kann aber zum Vergleiche mit dem Vorvertrage in Frage kommen.

Den hier behandelten Gegenstand hat Stintzing[70]) in neuerer Zeit eingehend erörtert. Er setzt an die Stelle des Vorvertrages die Vorverpflichtung, da nach seiner Ansicht in der Bezeichnung „Vorvertrag" das Bestreben zum Ausdruck kommt, eine Verpflichtung ohne Rechtsgrund anzuerkennen. Hierbei besteht von Anfang an die Verpflichtung zur Leistungsbereitschaft, die sich auf Anfordern

---

[70]) In der zitierten Schrift.

des Berechtigten in eine Erfüllungspflicht verwandelt. „Die ganze Verpflichtung ist eine einheitliche mit zwei Stadien, aber nicht eine Mehrheit von selbständigen Schuldverhältnissen".[71]) Ist nun für die Dauer der Vorverpflichtung ein Endtermin nicht gesetzt, so liegt ein schwebendes Geschäft vor. Dagegen wird „durch die Zeitbestimmung das Geschäft aus einem lediglich schwebenden ein bedingtes."[72])

Beachtenswert und für unsern Gegenstand von bedeutsamen Folgen ist es, wenn wir das, was Stintzing von der Bedingung ausführt, anerkennen müssen. Er kommt in seiner Erörterung zu dem Schlusse, daß ein „Vorvertrag", der für einen Teil die Verpflichtung begründet, an einem bestimmten Tage oder bis zu einem bestimmten Tage den Hauptvertrag abzuschließen, als bedingter Vertrag anzusehen sei; eine wirkliche Vorverpflichtung aber liege dann vor, wenn eine solche Zeitbestimmung nicht getroffen sei. M. E. aber ist die Zeitbestimmung ohne Einfluß auf die Natur des begründeten Rechtsverhältnisses. Zunächst findet Stintzings Ansicht, daß

---

[71]) S. 25 f. Die in der Anm. 1 S. 26 zum Beleg zitierte Stelle aus Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht Bd. I S. 444 gibt dem Verfasser anscheinend Recht, tut dies in Wirklichkeit aber nur außerhalb des Zusammenhanges. Förster-Eccius unterscheidet hier vielmehr ganz deutlich zwischen der bindenden Offerte und dem bedingten Vertrag auf der einen Seite und dem Vorvertrage auf der anderen Seite. Hervorgehoben ist nur, daß die Parteien vielfach einen bedingten Vertrag schließen wollen, wenn sie von einem Vorvertrage reden.

[72]) S. 27.

der durch die Bedingungen erzeugte Schwebezustand einer notwendigen zeitlichen Begrenzung unterliege, in der Literatur keine Zustimmung; ferner aber läßt sie sich auch mit unseren gesetzlichen Bestimmungen nicht vereinbaren. Aus § 496 BGB läßt sich nicht der Schluß ziehen, daß in Ermangelung einer für die Entscheidung des Käufers vereinbarten Frist kein Kauf a. Pr. vorliege. Immerhin besteht hier aber für den Verkäufer die Möglichkeit, nachträglich eine angemessene Frist zu setzen. Nicht nur hat aber das Gesetz keine Bestimmung getroffen, welche den durch die Bedingung geschaffenen Schwebezustand in Grenzen hält, vielmehr rechnet es geradezu mit solchen Bedingungen, die sich in absehbarer Zeit nicht erfüllen, wie beispielsweise Konk.=O. § 154 Abs. 2 und beschränkt nur die Wirkungen, welche einem so bedingten Rechtsgeschäft für die Gegenwart zukommen.

Wie es nun aber Bedingungen geben kann, über deren Eintritt in absehbarer Zeit keine Entscheidung zu erwarten ist, so gibt es auf der andern Seite auch Vorverträge, die innerhalb bestimmter Frist zum Hauptvertrage führen müssen, widrigenfalls ihre Wirksamkeit erlischt. M. E. ist daher die Beifügung einer Frist kein geeignetes Mittel, eine Vereinbarung im gegebenen Falle zum bedingten Vertrag zu stempeln, ihr Fortlassen kein Zeichen dafür, daß ein Vorvertrag vorliege.

Erkennen wir nun die entscheidende Bedeutung der Zeitbestimmung für die Beantwortung der Frage, ob eine „Vorverpflichtung“ oder ein bedingter Vertrag vorliegt,

nicht an, so ergibt sich die Beseitigung des Vorvertrages zu Konsensualverträgen unter der Voraussetzung, daß

1. die Bedingung si volet bei zweiseitigen Verträgen allgemein anzuerkennen sei und
2. daß die Wirkungen dieselben sind, ob die Parteien einen Vorvertrag oder einen so bedingten Vertrag abgeschlossen haben.

Keine dieser Voraussetzungen trifft m. E. zu; der Wegfall einer von beiden genügt aber, um die Daseinsberechtigung des Vorvertrages zu Konsensualkontrakten darzutun.

Unserer Stellungnahme zur ersten Voraussetzung steht scheinbar die Regelung des Kaufs a. Pr. im BGB entgegen. Einigkeit besteht in der Literatur darüber, daß der Kauf nicht bedingt ist durch die Willkür des Käufers, sondern durch seine von der Willkür diktierte Erklärung. Zweifel bestehen indessen darüber, wie sich diese Bedingung mit dem Wesen des Kaufs als gegenseitigen Vertrages vereinbaren lasse. Hier sieht man nun durchweg die allerdings lose Bindung des Käufers in der Zeitbestimmung. Ob das zutrifft, unterliegt Zweifeln, hat uns hier aber nicht weiter zu beschäftigen. Wichtig ist dagegen die ebenfalls umstrittene Frage, ob die Bedingung des Kaufs a. Pr. bei allen Verträgen anwendbar ist, oder ob ihr Gebiet begrenzt ist. Das Letztere scheint mir mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte des § 495 BGB zuzutreffen. Die Motive des Entwurfs I § 79[73]) regelten den Kauf

[73]) Bd. I S. 163 f.

a. Pr. derart, daß der Berechtigte überhaupt nicht, der Verpflichtete suspensiv bedingt gebunden sein sollte. Ein gegenseitiger Vertrag wurde für vorliegend erachtet, aber hinzugefügt: „Ob und inwieweit diese Gestaltung die Grundsätze vom gegenseitigen Vertrage durchbricht, darf auf sich beruhen". Der Entwurf II strich den § 79[74]). In der Begründung heißt es, der Hauptfall sei der des Kaufs a. Pr., aus dessen Vorschrift sich das zugrunde liegende höhere Prinzip auch für gleichgeartete Fälle entnehmen lassen werde. Da es nun sehr zweifelhaft ist, welche Stellung man der Bedingung, die in der willkürlichen Erklärung des Berechtigten besteht, einräumen soll, so erscheint es mir angemessen, mit den Motiven anzunehmen, daß die Grenzen ihrer analogen Anwendung sich aus der Regelung des Kaufs a. Pr. ergeben müssen. Durch den Kauf a. Pr. sollte einem Verkehrsbedürfnisse Rechnung getragen werden, das darin zu sehen ist, daß der Käufer die Ware prüfen und sich die Vorteile des Kaufs überlegen kann, ohne befürchten zu müssen, daß seine Berechnungen durch anderweitige Dispositionen des Verkäufers durchkreuzt werden. Zu beachten bleibt, daß das BGB dieses Geschäft „Kauf auf Probe" genannt hat. Auf die Probe ist der Ton zu legen. Wenn der Kauf trotzdem auf die willkürliche Billigung abgestellt ist, so ist dies als Notbehelf anzusehen, denn es würde zu end-

[74]) und den § 138. In der Begründung wird gesagt: „Der zweite Satz ist bedenklich, nachdem § 79 Entw. I beseitigt ist." (Die zweite Lesung des Entwurfs eines BGB. Bd. I S. 70).

losen Weiterungen führen, wenn man den Käufer dann für gebunden erachten wollte, wenn ihm der Kaufgegenstand zusagt. Dem Interesse des Verkäufers wird die Kürze der Probezeit und die größere Wahrscheinlichkeit des Vertragsschlusses gerecht. Durch Stillschweigen des Käufers, wenn die Sache übergeben ist, andernfalls durch seine einseitige Erklärung tritt der Kauf in Wirksamkeit. Auf diese Weise ist dem Bedürfnisse entsprechend ein im täglichen Leben sehr häufig vorkommendes Geschäft denkbar einfach geregelt. Die Grenzen analoger Anwendung der Bestimmungen des Kaufs a. Pr. scheinen mir daher dort zu suchen zu sein, wo kein Verkehrsbedürfnis mehr vorliegt, das nach schneller Erledigung tagtäglicher Geschäfte drängt, und dort, wo nicht mehr von einem Überlassen zur „Probe" die Rede sein kann. Deswegen ist meines Erachtens zwar der Abschluß von Dienst-, Lehr- und Mietverträgen „auf Probe" möglich, dagegen ausgeschlossen die analoge Behandlung von Verträgen, die der Erwerber eines Grundstücks zur Sicherung des Erwerbes weiteren Areals schließt, sowie der Verträge der Militärverwaltung über Kriegslieferungen.[75])

Gegen den Ersatz des Vorvertrages durch den bedingten Vertrag sprechen des weiteren die verschiedenen Wirkungen beider Verträge. Begründet sind sie zum Teil darin, daß beim Vorvertrag ein doppelter, beim bedingten Vertrag ein einfacher Vertragsschluß stattfindet. Wichtig ist dies bezüglich der Geschäftsfähigkeit und für das Datum

[75]) Motive Bd. I S. 163 f.

des Vertragsschlusses. Der bedingte Vertrag läßt im Gegensatz zum Vorvertrage eine Sicherung des erstrebten endgültigen wirtschaftlichen Erfolges durch Arrest und einstweilige Verfügung zu. Bei dem durch die Willenserklärung des Berechtigten bedingten Vertrage „auf Probe" kann der Berechtigte regelmäßig Überlassung des Gegenstandes zur Probe verlangen. Nach Ablauf der Frist gilt sein Schweigen als Genehmigung. Beim Vorvertrage spricht trotz Übergabe die Vermutung gegen das Zustandekommen des Vertrages.

Vielfach ist im Gemeinen Recht die Vereinbarung des Wiederkaufs- oder Vorkaufsrechts als Vorvertrag zum Wiederkauf bezw. zum Vorkauf angesehen worden. Über die juristische Konstruktion des Wiederkaufs und Vorkaufs nach BGB gehen die Meinungen weit auseinander.[76]) Einigkeit besteht aber darüber, daß es ausgeschlossen sei, die einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Berechtigten als Vertrag aufzufassen. Die gegenseitigen Rechte und Pflichten sind vielmehr mit Abschluß des Kaufs begründet: Ein zweiter Vertragsschluß findet nicht statt.[77]) Die Vereinbarung der Wiederkaufs- und der Vorkaufsklausel und die Ausübung des dadurch begründeten Rechts lassen sich daher nicht als Vor- und Hauptvertrag auffassen. Beim Vorkaufsrecht spricht gegen diese Konstruktion ferner, daß die Ausübung so lange ausgeschlossen ist, als

---

[76]) Vgl. Enneccerus-Lehmann Bd. I S. 870.

[77]) Endemann S. 617, Anm. 7.

der Verpflichtete nicht mit einem Dritten einen Kaufvertrag über den fraglichen Gegenstand abgeschlossen hat.

§ 8. Der Wechselvorvertrag.

Die Frage nach dem Beginn der Ausstellerhaftung beim Wechsel wird von der herrschenden Lehre[78]) dahin beantwortet, daß die Verpflichtung des Ausstellers eines Wechsels erst durch die in der Absicht der Wechselhaftung erfolgte Begebung des Wechsels, durch Abschluß des Wechselvertrages, entsteht. (Vertrags-Begebungstheorie). Diesem Vertrage, der den Aussteller wechselmäßig verpflichtet (pactum cambii) kann eine durch Vertrag begründete Verpflichtung des künftigen Gebers vorausgehen, den Wechsel auszustellen und zu übergeben. (pactum de cambiando oder Wechselvorvertrag.) Das pactum de cambiando ist ein Konsensualvertrag. Die von Geller[79]) gegen die Möglichkeit eines pactum de cambiando als Vorvertrag geltend gemachten Bedenken sind von Degenkolb zutreffend widerlegt worden.

Wie der Realvertrag, kommt auch der Wechselvertrag durch die in der Absicht des Vertragsschlusses erfolgende Hingabe zustande. Während aber dort die Möglichkeit besteht, das ganze Vertragsverhältnis einheitlich durch

---

[78]) Stranz W. O. S. 54, Anm. 4. Goldschmidt Zeitschr. f. H. R. Bd. 23 S. 306. Staub Kommentar zur W. O. Art 8, Anm. 2 e. Rehbein W. O. Art 8, Anm. 2. Grünhut Wechselr. I S. 241.

[79]) Vorvertrag und Punktation B. 148. S. 67 zitiert nach Degenkolb.

Konsens zu begründen, kann der Wechselvertrag nie durch Konsens allein ohne Hingabe zustande kommen. Vor- und Hauptvertrag sind hier also besonders scharf geschieden.

Die Verpflichtung des Vorvertrages geht auf Herstellung und Übergabe des bestimmt gearteten Papiers, die des Hauptvertrages auf wechselmäßige Haftung. Die Verpflichtung aus dem Vorvertrage ist kausal, sie kann, wenn sie als die eine Leistung eines gegenseitigen Vertrages versprochen ist, bis zur Bewirkung der Gegenleistung zurückgehalten werden. Der Geltendmachung der wechselseitigen Verpflichtung seitens Dritter steht die exceptio non adimpleti contractus nicht entgegen.[80])

Der Auffassung des pactum de cambiando und des pactum cambii als zweier selbständiger Verträge widerspricht Schloßmann,[81]) der behauptet, das pactum de cambiando sei nicht auf Abschluß eines Vertrages, sondern immer nur auf ein Handeln oder ein Geben, oder auf Handeln und Geben gerichtet. Diese Auffassung macht aber die Begleiterscheinung zur Hauptsache. Gewiß soll der Verpflichtete ein Papier von bestimmter Form herstellen und der anderen Vertragspartei übergeben, darauf kann gegebenenfalls geklagt und verurteilt werden, aber das alles geschieht nur, um bei dem Aussteller eine wechselmäßige Verpflichtung zu begründen. Weil diese Verpflichtung nur in jener Form möglich ist, fordert der Berechtigte das Papier. Könnte die wechselmäßige Ver-

80) Vgl. Lehmann S. 631.

81) S. 95/96.

bindlichkeit auch ohne diese Form begründet werden, so würde der Berechtigte gern darauf verzichten.

So stellt sich die Übergabe des Wechsels nicht, wie Schloßmann will, nur als Erfüllung dar, sondern als Erfüllung verbunden mit Eingehung eines neuen Vertrages.

III. Unterscheidung des Vorvertrages von anderen Verträgen.

§ 9. Zweck und Wirkungen des Vorvertrages.

Im Vorstehenden haben wir die drei Hauptgruppen der Anwendungsfälle des Vorvertrages kennen gelernt. Bei den Realverträgen wird er wegen der besonderen Natur des Hauptvertrages sowohl als einseitig wie als zweiseitig bindender häufig Anwendung finden. Bei den Konsensualverträgen liegt seine wesentliche praktische Bedeutung im einseitig bindenden Vorvertrage. Beim Wechselvorvertrage wieder kann er in beiden Gestalten auftreten. Er kommt in allen diesen Fällen bald vorwiegend in der einen, bald in der andern Form vor, sein Wesen aber bleibt dadurch unverändert. Erforderlich ist es nun ein allen diesen Anwendungsfällen charakteristisches Merkmal hervorzuheben, um eine der Gesetzessprache fremde, einheitliche Bezeichnung zu rechtfertigen. Dieses liegt m. E. in dem auf Sicherung des Abschlusses des Hauptvertrages gerichteten Zwecke. Wenn jemand den Hauptvertrag nicht gleich schließt, sich aber dessen Abschluß sichert, so tut er es in der Erwartung, daß ein wirtschaftliches Bedürfnis eintreten wird, das aber

zur Zeit noch nicht vorliegt. Für die Dauer der Ungewißheit sichert er sich die Möglichkeit der Befriedigung. Demnach ist die Verpflichtung aus dem Vorvertrage ihrer Natur nach auf eine gewisse Dauer angelegt im Gegensatz zur bindenden Offerte und dem bedingten Vertrage, wo die Gebundenheit grundsätzlich kurz befristet ist. Damit aber taucht auch die Frage auf, welchen Zweck der sich Bindende mit Abschluß des Vorvertrages verfolgt. Häufig wird für das vom Verpflichteten gebrachte Opfer ein Entgelt bezahlt, das in einer einmaligen Leistung oder in wiederkehrenden Leistungen bestehen kann. Häufig aber wird auch für die übernommene Verpflichtung eine Gegenleistung nicht ausbedungen; dann bringt der Gebundene das ihm durch den Vorvertrag auferlegte Opfer um der größeren Wahrscheinlichkeit des Abschlusses des Hauptvertrages willen. Man muß in diesem Fall annehmen, daß der Gebundene die Verpflichtung zum Vertragsschlusse in Schenkungsabsicht übernimmt. Diese Annahme kann im Einzelfalle zu unbefriedigenden Ergebnissen führen, die indessen nicht zu vermeiden sind, da bei der Beurteilung der Verträge das Motiv unberücksichtigt bleibt.[82])

Der Zweck des Vorvertrages ist die Sicherung des Abschlusses des Hauptvertrages; dementsprechend entspringt aus ihm die Verpflichtung zum contrahere, d. h. zur Mitwirkung beim Abschlusse des Hauptvertrages. Ob dieser zustande kommt, ist ungewiß, denn abgesehen davon, daß

[82]) Man vergleiche die bekannte Entsch. RG. 23. 2. 07 v. Carstenn gegen Militärfiskus.

der Verpflichtete unter Umständen berechtigt ist, den Abschluß zu verweigern, hängt es von dem Bedürfnisse des Berechtigten ab, ob er den Hauptvertrag eingehen will. Naturgemäß sind daher auch die Wirkungen des Vorvertrages andere und wirtschaftlich weniger weitgehend als die des Hauptvertrages. Der Verpflichtete hat sich nur bereit zu halten, diesen abzuschließen, nicht aber auch schon, ihn zu erfüllen.[83]) Einer entgegenstehenden vertraglichen Vereinbarung steht natürlich nichts im Wege; sie wird sogar häufig dann anzunehmen sein, wenn für die Gebundenheit ein Entgelt in wiederkehrenden Leistungen ausgemacht ist.[84]) Aus unserer Auffassung des Vorvertrages ergibt sich auch im Gegensatz zu Stintzing[85]) die Unanwendbarkeit des § 935 ZPO, da der Berechtigte vor Abschluß des Hauptvertrages keinerlei Anspruch auf Sicherung des Gegenstandes des Hauptvertrages hat.

Die Erreichung des endgültigen wirtschaftlichen Erfolges ist also umständlicher, wenn die Parteien zunächst einen Vorvertrag abgeschlossen haben. Es liegt aber bei derartigen Geschäften auch nicht das Bedürfnis zu schneller Abwickelung in gleich hohem Maße vor wie beim Kauf a. Pr. und wie bei der bindenden Offerte. Dieser Wirkungen sind die Parteien sich auch bewußt, wenn sie zunächst einen Vorvertrag schließen, und es ist daher hier-

---

[83]) Förster-Eccius Bd. II S. 234, Anm. 9.

[84]) Vgl. auch § 329 StGB. betr. die Verträge der Militärverwaltung über Kriegleistungen.

[85]) S. 39.

aus kein Grund gegen die Zulässigkeit von Vorverträgen herzuleiten, wie es von seinen Gegnern durchweg geschieht.

Der schnelleren Durchführung des Anspruchs aus dem Vorvertrage kommt der § 151 BGB zugute. Es scheint die Annahme gerechtfertigt, daß unter Umständen die Annahme durch Stillschweigen erklärt werden kann.[86]) Fordert nun hier der Berechtigte den Eintritt in den Hauptvertrag, so kann man, wenn der Verpflichtete nicht antwortet, annehmen, daß er dadurch verpflichtungsgemäß seine Zustimmung gibt. Verweigert dagegen der Verpflichtete seine Mitwirkung zum Vertragsschluß, so darf man nicht, wie Thöl[87]) will, seine Erklärung als abgegeben ansehen, da er dazu verpflichtet sei, sondern der Berechtigte muß sie im Prozeßwege erzwingen. Dort hat der Verpflichtete dann Gelegenheit, Gründe geltend zu machen, die ihn berechtigen, den Abschluß des Hauptvertrages zu verweigern.

§ 10. Das Anwendungsgebiet.

Degenkolb[88]) sagt von der Anwendungssphäre des Vorvertrages: „rein a priori betrachtet, reicht sie soweit als der Begriff des Vertrages". Zulässig erscheint diese Auffassung nur, wenn man mit der Thölschen Definition als Vorvertrag jeden Vertrag ansieht, durch den die Verpflichtung zum Abschlusse eines andern Vertrages be-

---

[86]) Planck Bd. I S. 268. Fischer-Henle S. 93, Anm. 3.

[87]) Bd. I S. 783.

[88]) S. 20.

gründet wird. Wir greifen hier auf unsere im vorigen Abschnitt aufgestellte Forderung zurück, daß den als Vorvertrag zu bezeichnenden Rechtsvorgängen ein einheitliches charakteristisches Merkmal innewohnen muß, um die der Gesetzessprache fremde einheitliche Bezeichnung zu rechtfertigen, und sofern der „Vorvertrag" nicht zu einem ganz vagen Begriff herabsinken soll. So betrachtet erfährt das Anwendungsgebiet des Vorvertrages einige Beschränkungen.

1. Der Vertrag mit einem Dritten. Zunächst ist darnach nicht als Vorvertrag anzusehen der Vertrag, in dem sich eine Partei verpflichtet, mit einem Dritten einen Vertrag abzuschließen.[89]) Daß dieser Vertrag mit den bisher von uns behandelten Anwendungsfällen nichts gemein hat, als ein rein äußerliches Merkmal, ist nicht zu verkennen.[90]) Der Vorvertrag bezweckt, wie wir gesehen haben, die Sicherung des Vertragsschlusses für den Berechtigten durch Herbeiführung eines Schwebezustandes. Bei jenem Vertrage soll aber weder ein Schwebezustand geschaffen werden, noch handelt es sich um die vorläufige Sicherung eines Vertragsschlusses. Es liegt in der Regel ein Auftrag oder ein Werkvertrag gerichtet auf Geschäftsbesorgung vor.

2. Der dingliche Vertrag. Einen weiteren Anwendungsfall des Vorvertrages sieht Degenkolb[91]) in dem obligatorischen Kausalgeschäft zum dinglichen Ver-

[89]) Vgl. Endemann S. 616, Anm. 6. A. M. Degenkolb S. 33.

[90]) Schloßmann S. 14/15.

[91]) S. 20/21.

trage; er scheidet ihn nur „aus Zweckmäßigkeitsgründen" aus seiner Abhandlung aus. Dagegen hat Adler[92]) die Behandlung dieses Vertrages als Vorvertrag eingehend zu begründen versucht. Im übrigen findet diese Ansicht in der Literatur keine Zustimmung.[93]) Der Zweck dieses Vertrages ist nicht das Herbeiführen eines Schwebezustandes zur Sicherung des Abschlusses des dinglichen Vertrages; wenn ein solcher Zustand auch hier eintritt, so ist es nur eine zufällige Begleiterscheinung. Er muß abgeschlossen werden, um dem dinglichen Vertrage die Wirksamkeit zu erhalten. Es fehlt aber, wie Göppert zutreffend hervorhebt, an Rechtssätzen, wodurch dieser Vertrag gemeinsam mit den von uns behandelten Vorverträgen sich von allen anderen Rechtsgeschäften unterscheidet, und das Gesetz juristischer Begriffsbildung verbietet es, diese Verträge zusammenzustellen. Dieser Ansicht treten ausdrücklich auch Crome und Endemann bei, die darin nichts dem Kauf-, dem Schenkungsvertrage usw. Eigentümliches sehen, daß ihre Erfüllung sich in der Form eines Vertrages, des dinglichen, vollzieht. Beide Verträge bleiben dauernd selbständig neben einander bestehen, und jeder löst seine eigenen Wirkungen aus. Die Rechtsbedeutung des Vorvertrages endet dagegen mit Abschluß des Hauptvertrages, der nunmehr an seine Stelle tritt. Die Ansicht scheint daher die richtige zu sein, die nur dort einen Vorvertrag

---

[92]) S. 212 ff.

[93]) **Brinz-Lotmar Bd. IV S. 324, Anm. 1. Göppert** S. 403 f. Endemann Bd. I S. 616, Anm. 6. Crome Bd. II S. 166.

annimmt, wo durch Vertrag die Verpflichtung zum Abschlusse eines andern Vertrages begründet wird, der nicht lediglich Erfüllung, sondern selbst wieder Schuldvertrag ist.[94])

3. Das Verlöbnis. Soweit das Verlöbnis als Vertrag angesehen wird, hat man es häufig als Vorvertrag im Verhältnis zur Eheschließung als Hauptvertrag betrachtet. Diesen Standpunkt vertreten insbesondere Degenkolb[95]) und Rehbein.[96]) Von anderer Seite ist das Verlöbnis als pactum de contrahendo in weiterem Sinne, als Vorvertrag zwar nicht auf Eingehung eines Kontraktes im eigentlichen Sinne, d. h. eines obligatorischen Vertrages, wohl aber auf Eingehung des familienrechtlichen Vertrages der Eheschließung angesehen.[97])

Richtig scheint mir dagegen die Ansicht zu sein, die in dem Verlöbnis keinen Vorvertrag erblickt,[98]) es sei denn, daß man den Begriff des Vorvertrages so weit faßt, wie Degenkolb es tut. Die Gründe, die gegen eine derartige Behandlung sprechen, haben wir schon bei der Besprechung des dinglichen Vertrages erörtert; sie treffen auch hier zu. Allerdings wird hier regelmäßig ein Schwebe-

---

[94]) Crome Bd. II S. 166.

[95]) S. 20.

[96]) Bd. I S. 208.

[97]) Crome Bd. IV S. 196, Anm. 1. RG. Bd. 23 S. 177. Bd. 29 S. 98.

[98]) Göppert S. 403 f. Endemann Bd. II S. 56 mit anderer Begründung. Matthiaß Bd. II S. 225.

zustand geschaffen; dies geschieht aber nicht zur Sicherung eines Vertragsschlusses sondern in der Absicht, den zweiten Vertrag vorzubereiten.

IV. Besonderheiten des Vorvertrages.

§ 11. Die Form.

Die früher verbreitete Auffassung des Vorvertrages als eines den Hauptvertrag vorbereitenden Vertrages hatte zur Folge, daß man die Gültigkeitserfordernisse des Hauptvertrages auf den Vorvertrag übertrug,[99]) so namentlich auch bei formellem Hauptvertrage hinsichtlich der Form. Diese Ansicht wurde früher von Windscheid[100]) und wird noch jetzt von Planck[101]) vertreten; sie verkennt den verschiedenen Inhalt beider Verträge. Dies tritt am deutlichsten beim Wechselvorvertrage und dem Vorvertrage zum Realvertrag hervor, die beide unmöglich wären, wenn man von ihnen dieselbe Form verlangen wollte wie vom Hauptvertrage.

Von der Wechselform ist die besondere Gestaltung des obligatorischen Verhältnisses abhängig,[102]) während bei den Realverträgen wegen ihrer besonderen Natur die Form der Hingabe zum Zustandekommen erforderlich ist. Es besteht daher kein Grund, den Abschluß des Vorvertrages

[99]) Degenkolb S. 34. Vgl. Lang in der Krit. Vierteljahrsschrift Bd. V S. 166 ff.

[100]) Pand. 2. Aufl. Bd. 2 S. 174.

[101]) Kommentar Bd. I S. 228.

[102]) Windscheid Pand. Bd. II S. 272.

zu diesen Verträgen an eine Form zu binden. Ist es nun einerseits unrichtig, das Formerfordernis des Hauptvertrages unbesehen auf den Vorvertrag zu übertragen, so ist es andererseits falsch, so zu argumentieren: Grundsätzlich sind im BGB alle Verträge formlos; eine Ausnahme gilt nur da, wo ausdrücklich eine entgegenstehende Bestimmung getroffen ist. Eine solche Bestimmung hat das BGB für die Vorverträge nicht getroffen, also müssen auch sie formlos sein. Diese Behandlung der Vorverträge würde in vielen Fällen den Zweck, den das Gesetz mit der Formvorschrift verfolgt, vereiteln. Richtig ist daher die vermittelnde Ansicht, die erklärt, es sei eine von Fall zu Fall zu beantwortende Auslegungsfrage, wann die gesetzliche Form des Hauptvertrages beim Vorvertrage zu beobachten sei.[103]) Wo die Formlosigkeit des Vorvertrages dem Sinn und Zweck der Formvorschrift des Hauptvertrages zuwiderläuft, da ist ein so geschlossener Vorvertrag nichtig. Der Zweck der Formvorschrift ist also im Einzelfalle zu prüfen.[104])

Eine Betrachtung der formellen Verträge des BGB zeigt, daß es meistens Verträge mit schwerwiegendem Inhalt sind. Durch die den Abschluß erschwerende Formvorschrift, insbesondere gerichtliche oder notarielle Beurkundung, werden die Parteien dazu angehalten, sich die zu über-

[103]) Windscheid a. a. O. S. 273. Regelsberger Erörterungen S. 138 ff. Degenkolb S. 49, 79. Adler S. 223 ff. Deiter S. 57 ff. vgl. Matthiaß Bd. I S. 204.

[104]) Regelsberger b. Endemann S. 418 f.

nehmenden Verpflichtungen genauer zu überlegen. Das wird nicht allein durch die Hinauszögerung des Vertragsschlusses bewirkt sondern auch dadurch, daß das geschriebene Wort eindrucksvoller ist als das gesprochene. Eine derartige Erschwerung des Vertragsschlusses ist vor allem dort geboten, wo der Umfang der zu übernehmenden Verpflichtung noch nicht genau ermessen werden kann, wie beim Leibrentenvertrag und der Bürgschaftserklärung oder, wo die Verpflichtung schwer zu übersehen ist, wie bei dem Vertrag gerichtet auf Übertragung des ganzen gegenwärtigen Vermögens oder eines Teils desselben oder deren Belastung mit einem Nießbrauch (§ 311 BGB) und dem Vertrage unter künftigen gesetzlichen Erben über den Pflichtteil oder den gesetzlichen Erbteil eines von ihnen (§ 312 BGB). Die Bedeutung des Objektes spielt auch bei der Formvorschrift des Vertrages, durch den sich jemand verpflichtet, ein Grundstück zu übertragen, eine Rolle, daneben aber offenbar noch der Umstand, daß bei Grundstücksübertragungen, insbesondere bei ländlichen Grundstücken, häufig eine Menge Nebenabreden getroffen werden, wie z. B. spezifizierte Altenteilseinräumungen. Nur die gerichtliche oder notarielle Beurkundung bietet die erforderliche Gewähr, daß keine der von den Parteien gewünschten Vertragsbedingungen übergangen wird. Hier tritt also als Zweck der Formvorschrift neben den Schutz der Parteien vor Übereilung die sichere Konstatierung des Parteiwillens. Diese wieder kann nach zwei Richtungen von Bedeutung sein, einmal, um festzustellen, o b ein Ver-

trag geschlossen ist, zweitens aber auch, welchen **Inhalt** dieser Vertrag hat. Die erste Bedeutung hat die Formvorschrift bei dem abstrakten Schuldversprechen (§ 780 BGB) und dem abstrakten Schuldanerkenntnis (§ 781 BGB), wie die Motive zum BGB ausdrücklich hervorheben: „Dem abstrakten Schuldversprechen kann Wirksamkeit nur beigelegt werden, wenn der Wille des Schuldners, sich abstrakt zu verpflichten, zweifellos feststeht. Aus dem bloß mündlichen, die materielle causa nicht ergebenden, Versprechen des Schuldners ist jener Wille noch nicht zu entnehmen."[105] In allen diesen Fällen bedarf der Vorvertrag derselben Form wie der Hauptvertrag, denn, wollte man hier einen formlosen Vorvertrag zulassen, so wäre der Verpflichtete an die Abschließung des Hauptvertrages gebunden, wie übereilt und unvollkommen manche Feststellungen auch zustande gekommen sein mögen. Damit wäre aber der Zweck der Formvorschrift vereitelt.[106]

Wo es dagegen mit dem Zweck der Formvorschrift vereinbar ist, steht nichts im Wege, einen formlosen Vorvertrag zum formellen Hauptvertrage zuzulassen. Dies ist der Fall bei Miet- und Pachtverträgen, die auf längere Zeit als ein Jahr geschlossen sind.[107] Die hier verlangte Form verfolgt keinen der vorher erörterten Zwecke: weder handelt es sich der Regel nach um eine Verpflichtung von

[105]) **Motive** Bd. II S. 689 ff.

[106]) Vgl. RGE. f. Bd. 53 S. 236 ff.

[107]) A. M. **Fischer-Henle** S. 340.

ungewissem Umfange, noch liegt hier ein Grund vor, die Feststellung des Parteiwillens durch besondere Maßnahmen zu sichern. Maßgebend für Erlaß der Formvorschrift war vielmehr die Erwägung, daß es nicht angängig sei, bei Verkauf eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks den Erwerber auf zu lange Zeit an mündliche Miet- oder Pachtverträge zu binden. In die sich aus gültigen Miet- und Pachtverträgen ergebenden Rechte und Verpflichtungen tritt er ein, nicht dagegen in die vom früheren Eigentümer etwa eingegangenen Vorverträge auf Vermietung oder Verpachtung. Denn das Gesetz spricht nur vom Miet-(Pacht-)Verhältnis (BGB §§ 571, 581); dieses aber ist nicht mit dem sich aus dem Vorvertrage ergebenden Rechtsverhältnis identisch.[108])

Bei jedem der bisher behandelten Rechtsgeschäfte war es möglich, einheitlich festzustellen, ob die Formvorschrift des Hauptvertrages auf den Vorvertrag zu übertragen sei. Anders liegt die Sache bei der Schenkung. Nach der von einer Seite vertretenen Ansicht[109]) bedarf der Vertrag, durch den die Erteilung eines Verpflichtungsscheines schenkungsweise zugesagt wird, deswegen der im § 518 BGB vorgeschriebenen Form, weil er selbst Schenkungsvertrag, die Erteilung selbst aber nur dessen Erfüllung sei. Daraus wird dann die Folgerung gezogen, einen Vorvertrag zum Schenkungsvertrage gebe es nicht. Dem ist zu entgegnen: Zunächst trifft es nicht zu,

---

108) Deiter S. 64 ff.

109) Adler S. 224 ff. Deiter S. 66.

daß die Erteilung des Verpflichtungsscheins Erfüllung des Schenkungsversprechens ist. Die Motive Bd. II S. 294 erklären: „Der Entwurf erblickt also in Ansehung der Formvorschrift in einem derartigen abstrakten Versprechen oder Anerkenntnis nicht eine (reell) vollzogene Schenkung, sondern nur ein Versprechen."[110]) Dann aber ist die Frage weiter die, in welchem Verhältnis die beiden Verträge zu einander stehen. Es kann nach der zu ermittelnden Parteiabsicht entweder schon ein obligatorischer Schenkungsvertrag vorliegen, der noch in eine besondere Form gekleidet werden soll, oder von einer oder beiden Parteien ist die Verpflichtung übernommen, demnächst mit der andern auf Wunsch einen Schenkungsvertrag abzuschließen. Dann aber liegt ein Vorvertrag vor. Dieser bedarf der Form, wenn in ihm die Verpflichtung, eine Zuwendung zu machen, übernommen wird, denn der Zweck der hier erlassenen Formvorschrift ist Schutz des Zuwendenden vor Übereilung. Ein Vertrag, in dem nur die Mitwirkung des künftigen Beschenkten am Vertrage gesichert wird, bleibt demnach formlos.

§ 12. Der Übergang der Forderung aus dem Vorvertrage.

Grundsätzlich kann bei Forderungsrechten durch Vertrag oder Erbgang ein Wechsel in der Person des Gläubigers stattfinden. Hier ist zu prüfen, ob dieses auch beim Recht auf Abschluß des Hauptvertrages zutrifft, oder ob es sich

[110]) Vgl. Staudinger Bd. II S. 629 ff.

nicht mit der besonderen Art des Leistungsinhalts verträgt. In der Literatur hat diese Frage bisher verschiedene Beantwortung gefunden.[111])

Die Forderung aus dem Vorvertrage geht auf Vertragsschluß; im Hauptvertrage hat in der Regel nicht der Schuldner allein sondern auch der Gläubiger zu leisten. Das allein reicht zwar nicht aus, um für das Recht auf Vertragsschluß Unübertragbarkeit zu fordern;[112]) wollte man aber andererseits die Forderung aus dem Vorvertrage grundsätzlich für übertragbar erklären, so müßte man die Person des Vertragsgegners für etwas beim Vertragsschluß Unwesentliches halten. Wie wenig das zutrifft, ergibt sich aus § 119 Abs. 2 BGB, nach dem eine Partei einen Vertrag schon dann anfechten kann, wenn sie sich über wesentliche Eigenschaften des Vertragsgegners im Irrtum befunden hat. Demnach wird man sagen müssen, daß eine Forderung aus einem Vorvertrage nur dann übertragbar ist, wenn die Person des Forderungsberechtigten sowohl für die vom Schuldner nach dem Hauptvertrage zu bewirkende Leistung, als auch gegebenenfalls für die von ihm zu fordernde Gegenleistung gleichgültig ist, was in den seltensten Fällen zutreffen wird. Daß solche Fälle denkbar sind, steht außer Zweifel,[113]) ebenso wie die Möglichkeit, die Forderung auf Vertragsschluß

---

[111]) Degenkolb S. 78. Göppert S. 424 ff. Bechmann S. 275. Deiter S. 80 ff.

[112]) Vgl. Mot. II S. 121.

[113]) Seufferts Archiv, 16 Nr. 79.

durch Vereinbarung für übertragbar zu erklären. Grundsätzlich aber ist an ihrer Unübertragbarkeit festzuhalten und hiervon nur abzuweichen, wenn sich aus Sinn und Zweck des Vertrages sowie den Umständen des Einzelfalles die gegenteilige Absicht der Parteien ergibt.

Von besonderer Wichtigkeit ist die Person des aus dem Darlehnsvorvertrage Forderungsberechtigten. Seine Kreditwürdigkeit übt auf den Abschluß des Vertrages einen so bedeutenden Einfluß aus, daß sein Recht nur mit Zustimmung des Kreditgebers übertragen werden kann. Dem steht aber nicht entgegen, daß die Auszahlung der Darlehnssumme infolge ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung an einen Dritten erfolgen kann. Letztere wird man im Handelsverkehr und bei der Krediteröffnung häufig anzunehmen haben. Der Darlehnsvertrag kommt hier zwischen den Parteien des Vorvertrages zustande, und der aus dem Vorvertrag Forderungsberechtigte wird durch die Auszahlung an den Dritten zur Rückgabe verpflichtet.[114])

Wie die Übertragbarkeit so ist auch die Vererblichkeit der Forderung aus dem Vorvertrage grundsätzlich abzulehnen und nur ausnahmsweise und aus den gleichen Gründen wie dort anzuerkennen. Bestimmte allgemeine Regeln lassen sich hier wie dort nicht aufstellen, sondern es wird nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheiden sein.

---

[114]) Vgl. R. G. E. Bd. 66 S. 361 f., Bd. 68 S. 356, J. W. 08. 676.

§ 13. Die clausula rebus sic stantibus.

Mancherlei widersprechende Meinungen sind bei Beantwortung der Frage geäußert, ob und in welchen Fällen man bei den Vorverträgen die clausula rebus sic stantibus zulassen solle, und diese Frage verdient deswegen besondere Beachtung, weil aus dem Vorvertrage ein Schwebezustand von längerer Dauer hervorgeht. Demzufolge finden wir auch in fast allen dem Vorvertrage gewidmeten Abhandlungen die clausula rebus sic stantibus erwähnt. Regelsberger[115]) ist darin zuzustimmen, daß sie kein selbstverständlicher Bestandteil der Verabredung des Vorvertrages sei. Was aber seine Begründung betrifft, so bedarf es keiner clausula rebus sic stantibus, um die verpflichtete Partei nur dann an den Abschluß des Hauptvertrages für gebunden zu erachten, wenn der Berechtigte seinerseits sämtliche übernommenen Verpflichtungen erfüllt und die festgesetzten Sicherheiten leistet; darin liegt keine Eigentümlichkeit des Vorvertrages. Andererseits geht es aber zu weit, wenn Göppert[116]) die erwähnte Klausel aus dem Gebiet der Vorverträge ganz beseitigt wissen will. Er legt seine Ansicht besonders für den Darlehnsvorvertrag näher dar. Entgegen seiner Ansicht sagt schon Degenkolb[117]) mit Recht, der Kredit werde in Hinblick auf die gegenwärtige Vermögenslage des Schuldners versprochen.

---

[115]) Erörterungen S. 133. b/Endemann S. 419.

[116]) S. 426.

[117]) S. 47.

Dies wird in der Regel die Meinung der Parteien sein. Dagegen läßt sich nicht anführen, daß dann der Darlehnsversprecher günstiger gestellt sei als der Darlehnsgeber, wenn der Empfänger nach der Hingabe in Vermögensverfall gerät. Es trifft den Darleiher weniger hart, wenn eine für ihn bestehende Forderung sich verschlechtert, als wenn er ein Vermögensopfer zur Erlangung einer Forderung erst bringen soll, die sich voraussichtlich überhaupt nicht, oder nur mit Verlust beitreiben lassen wird. Andererseits kann es den sonst vielleicht vermeidlichen Zusammenbruch des Schuldners zur Folge haben, wenn er bei eingetretener Vermögensverschlechterung ein erhaltenes Darlehen plötzlich zurückzahlen soll. Ein Gleiches gilt nicht oder nicht in demselben Maße, wenn ein erwartetes Darlehen ausbleibt. Diese Auffassung der Einrede veränderter Umstände hat sich das BGB zu eigen gemacht, indem es die Bestimmung des § 610 allerdings als Ausnahmeregel[118]) erlassen hat. Das spricht aber darum nicht gegen die Anwendung der clausula rebus sic stantibus auch bei andern Vorverträgen, weil das BGB nur für den Darlehnsvorvertrag eine besondere Regel aufstellt. Außerdem aber hat diese Klausel auch sonst im BGB Eingang gefunden, z. B. im § 605 Z. 1 bei der Leihe, wenn der Leiher infolge eines nicht vorhergesehenen Umstandes der verliehenen Sache bedarf, ferner im § 321 mit abgeschwächter Wirkung, insofern bei einem gegenseitigen Vertrage der zur Vorleistung Verpflichtete den Vertrag zwar nicht widerrufen

---

[118]) Motive Bd. II S. 315.

kann, wenn in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, wohl aber seine Leistung bis zur Bewirkung oder Sicherung der Gegenleistung verweigern kann. Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift kann der durch den Vorvertrag zu einem gegenseitigen Vertrage Verpflichtete seine Mitwirkung zum Abschluß des Hauptvertrages nicht verweigern, denn § 321 BGB handelt nur von einer nach dem Abschlusse des Hauptvertrages eingetretenen Vermögensverschlechterung. Der Sinn dieser Vorschrift ist der, daß es dem Wesen des gegenseitigen Vertrages widerspricht, wenn ein Teil eine Leistung bewirken soll, während zu befürchten ist, daß der andere Teil seiner Verpflichtung nicht werde nachkommen können, denn die eine Verpflichtung wird nur mit Rücksicht auf die andere übernommen; Leistung und Gegenleistung sind von einander abhängig und sollen sich ausgleichen. Auf seiten des zur Vorleistung Verpflichteten kann man deshalb keine Erfüllung verlangen, wenn die Bewirkung der Gegenleistung ungenügend gewährleistet ist, vorausgesetzt, daß er bei Abschluß des Vertrages genügende Sorgfalt hat obwalten lassen. Im gleichen Falle aber müßte man den aus dem Vorvertrage zum gegenseitigen Vertrage Verpflichteten ganz schutzlos lassen, mag er sich auch noch so eingehend über die Vermögensverhältnisse der Gegenpartei vergewissert haben. Er müßte also den gegenseitigen Vertrag trotz eingetretener Vermögensverschlechterung beim Gegner abschließen und erfüllen, trotzdem ihm keine Wahl bleibt, ob er den Hauptvertrag schließen will.

Eine analoge Anwendung des § 321 BGB auf den Vorvertrag zum gegenseitigen Vertrag erscheint daher zulässig und dringend geboten. Das steht nicht, wie bezüglich des Darlehnsvorvertrages eingewandt worden ist,[119]) mit dem Sicherungszweck des Vorvertrages in Widerspruch. Das Darlehen soll zwar gewährt werden, wenn der Berechtigte seiner bedarf, vorausgesetzt wird aber ein normaler Verlauf der Dinge, also etwa umfangreichere Geschäfte, Verstärkung des Betriebskapitals usw., nicht aber eine Vermögensverschlechterung, die die Schädigung des Darleihers zur voraussichtlichen Folge hat.

---

[119]) Deiter S. 92.